



المجلد الرابع عشر

قسم القواعدِ الفقهيَّة



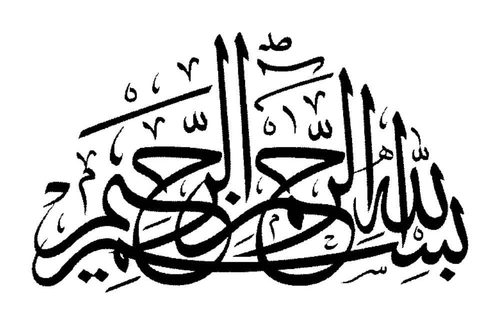


طبع على نفقة
مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان
للأعمال الخيرية والإنسانية
ص.ب: 41355 - أبوظبي - دولة الإمارات العربية المتحدة
هاتف: 6577577 - 02 فاكس: 6577572 - 02
www.zayed.org.ae

الطبعة الأولى
1434هـ - 2013م

التنفيذ الطباعي: المجموعة الطباعية www.printingroup.com
التجليد الفني: البساط الجديدة للتجليد وتصنيع الكتاب info@newbsat.com


معلمة زايد
للقواعد الفقهية والأصولية


بسم الله الرحمن الرحيم

المجموعة الثالثة: القواعد الفقهية الوسطى

الزمرة الثانية: قواعد في الملك

أولاً: قواعد في ثبوت الملك وإثباته

ثانيًا: قواعد في أحكام الملك



المجموعة الثالثة: القواعد الفقهية الوسطى

الزمرة الثانية: قواعد في الملك

أولاً: قواعد في ثبوت الملك وإثباته.



رقم القاعدة: ٨١٧

نص القاعدة: تَبَدُّلُ سَبَبِ المِلْكِ قَائِمٌ مَقَامَ تَبَدُّلِ الذَّات[1].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- تبدل سبب الملك كتبدل العين[2].

٢- تبدل الملك يُوجب تبدل العين حكما[3].

٣- العين تختلف باختلاف أسباب الملك حكما[4].

٤- اختلاف الملكين كاختلاف العينين[5].

---

(١) ترتيب اللآلئ لناظر زاده ٤٧٦/١، خاتمة مجامع الحقائق للخادمي ص ٣٦٧، درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٩٨/١، قواعد الفقه للمجددي ص ٦٨، شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٤٦٧، المدخل الفقهي العام للزرقا ١٠٣١/٢ ووردت في الدرر شرح الغرر للملا خسرو ٣٢/٢، ومجمع الأنهر لشيخي زاده ٤٢٠/٢ بلفظ: "تبدل الملك قائم مقام تبدل الذات".

(٢) المبسوط ١٦٦/٩ ووردت في العناية للبابرتي ٢١٤/٩، والبحر الرائق لابن نجيم ٦١/٥ بلفظ: "تبدل السبب كتبدل العين" ووردت في المبسوط ٥٦/١٢، وتبيين الحقائق للزيلعي ٩٩/٥، والبحر الرائق ٢٦٤/٢، ومجمع الأنهر ٣٦٢/٢، ورد المحتار لابن عابدين ١٥٤/٥ بلفظ: "تبدل الملك كتبدل العين" ووردت في عقد البيع للزرقا ص ١٤٢ بلفظ: "تبدل سبب الملك كتبدل الذات".

(٣) فيض البـاري شرح البخاري للكشميري ١٥٥/٤، تبيين الحقائق ٢١٩/٣، فتح القدير لابن الهمام ٣٧٩/٥.

(٤) بدائع الصنائع للكاساني ١٤٦/٤.

(٥) تحفة الفقهاء للسمرقندي ١٦٨/٣، ووردت في بدائع الصنائع ١٢٩/٦ بلفظ: "اختلاف الملكين بمنزلة اختلاف العينين".

٥- تجدد الملك بتجدد السبب كتجدد العين[١].

٦- العين الواحدة يختلف حكمها باختلاف جهات الملك[٢].

٧- اختلاف أسباب الملك ينـزل منـزلة اختلاف الأعيان[٣].

قواعد ذات علاقة:

١- اختلاف الأسباب يوجب اختلاف المسببات[٤]. (أعم).

٢- بتبدل الوصف يتغير حكم العين[٥]. (أعم).

٣- بتبدل العاقد تتبدل العين حكما[٦]. (أخص).

٤- الملك العائد هل ينـزل منـزلة غير الزائل[٧]. (أخص).

٥- لا يبالى باختلاف السبب عند حصول المقصود[٨]. (مكملة).

---

(١) البحر الرائق ٧/٢٩٣.

(٢) حاشية السندي على سنن النسائي ٦/١٦٢-١٦٣.

(٣) المبسوط ٨/١٥٥ ووردت في القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير للندوي ص ٤٤٦ بلفظ: "اختلاف سبب الملك ينزل منزلة اختلاف العين" ووردت في ترتيب اللآلئ لناظر زاده ١/٢٦٤ بلفظ: "اختلاف الأسباب بمنزلة اختلاف الأعيان" ووردت في فتح القدير لابن الهمام ٦/٤٣٥ بلفظ: "اختلاف الأسباب يُوجب اختلاف الأعيان".

(٤) فتح القدير لابن الهمام ٣/٣٤٤.

(٥) كشف الأسرار لعبد العزيز البخاري ١/١٦٤ ووردت في الفتاوى الفقهية الكبرى لابن حجر ٣/١٠٨ بلفظ: "تبدل الأوصاف كتبدل الذوات".

(٦) حاشية الشلبي على تبيين الحقائق ٤/٥٥.

(٧) فتح العزيز شرح الوجيز للرافعي ٨/٣٤٤-٣٤٥، روضة الطالبين للنووي ٣/٤٧٥ وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٨) الهداية للمرغيناني مع العناية ٣/٣٤٣، تبيين الحقائق للزيلعي ٢/١٤٧، ترتيب اللآلئ لناظر زاده ٢/٩٠٢.

شرح القاعدة :

الأعيان تتغير أحكامها من حيث الحل والحرمة، أو الطهارة والنجاسة، أو غير ذلك بتغير صفاتها حقيقة أو حكما، فمن الأول - وهو التغير حقيقة - تحول العين إلى شيء آخر بالاستحالة؛ كانقلاب عين النجاسة إلى عين أخرى؛ كالخمر إلى خل، والميتة إلى ملح بوقوعها في مملحة، ومكثها فيها زمنًا طويلا، ومن الثاني- وهو التغير حكما - تبدل سبب الملك، وهو موضوع القاعدة.

وأسباب تملك الأعيان التي يتغير حكم الشيء بتغيرها هي: الخَلَفِيّة؛ وهي أن يخلف شخص غيره فيما كان يملكه؛ وذلك بالوراثة، والعقود الناقلة للملكية، سواء أكانت معاوضة؛ كالبيع والشراء، أم تبرعا؛ كالهبة والصدقة.

ومعنى القاعدة: أن الشيء إذا كان محكوما عليه بحكم معين لصفة عارضة فيه اقتضت ذلك الحكم، ثم انتقل ملكه من شخص لآخر بسبب من الأسباب، أو عاد إلى مالكه الأول بسبب جديد، فإن ذلك ينزل منزلة تغير ذات الشيء، ويعمل عمله، وإن لم يتبدل هو حقيقة؛ فيأخذ الشيء حكما غير الحكم الثابت له أولا، وتتغير صفته عما كانت عليه؛ فالصدقة محرمة على الغني والهاشمي؛ لكن إذا قبضها الفقير، ثم وهبها أو باعها للغني أو غيره ممن كانت محرمة عليه، حل ذلك المال له، وزال عنه وصف الصدقة؛ لأنه أخذها بسبب جديد، وتبدُّل سبب الملك ينزل منزلة تبدل الذات، فكأنه أخذ شيئًا آخر غير تلك الصدقة[1].

---

(١) انظر: أحكام القرآن للجصاص ١٩٦/٣، فتح الباري لابن حجر ٣٥٧/٣، المنتقى شرح الموطأ ٥٦/٤، المبسوط ١٥٥/٨.

والقاعدة مقيدة بأمور:

الأول: أن لا يرد دليل خاص يدل على عدم اعتبار تغير السبب في ذلك الباب؛ كما في بيع العينة؛ وذلك بأن يبيع الرجل شيئًا من غيره بثمن مؤجل، ويسلمه إليه، ثم يشتريه البائع بثمن حاضر أقل منه؛ فالسلعة ترجع إلى صاحبها بعقد جديد، ولكن لا يتغير حكمها، ولا يؤثر تبدل سبب الملك فيها، وذلك لأن العينة محرمة بالنص، لكونها ذريعة إلى الربا بخلاف ما إذا توسط طرف ثالث، بأن باعها المشتري على آخر، ثم اشتراها البائع الأول من الآخر بثمن حاضر أقل، فهذا جائز[١]؛ لأنه «بتبدل العاقد تتبدل العين حكمًا»[٢].

الثاني: أن لا يكون تبدل السبب طريقا إلى حصول المقصود، أما مع حصول المقصود فلا يؤثر اختلاف الأسباب، ولا ينزل منزلة اختلاف الأعيان، وذلك لأن الأسباب غير مطلوبة لذواتها، بل لأحكامها، وهذا ما قرره الفقهاء بقولهم في قاعدة أخرى: «لا يبالى باختلاف السبب عند حصول المقصود»[٣]، ويكون ذلك في حالة تعلق الحق بالعاقدين، دون غيرهما؛ وذلك كما لو باع شخص بيعا فاسدا، وقبض المشتري المبيع، ثم وهبه للبائع فلا يضمن قيمته؛ لحصول المقصود، ولا اعتبار باختلاف السبب، بخلاف ما لو وصل إليه المبيع من جهة غير المشتري حيث لا يبرأ المشتري من الضمان؛ لأنه لم يصل إليه من الجهة المستحقة، وهي جهة المشتري[٤].

الثالث: أن لا تكون العين مأخوذة ظلما، وبغير طيب نفس من صاحبها؛

(١) انظر: بدائع الصنائع ١٩٩/٥، العناية للبابرتي ٤٣٤/٦ وهذه الصورة تعرف بالتَّوَرُّق عند فقهاء الحنابلة خاصة، والمعاصرين عامة.

(٢) حاشية الشلبي على تبيين الحقائق ٥٥/٤.

(٣) الهداية للمرغيناني مع العناية ٣٤٤/٣، البحر الرائق لابن نجيم ١٦٩/٣.

(٤) انظر: تبيين الحقائق١٤٧/٢، البحر الرائق ١٦٩/٣، الدر المختار للحصكفي مع رد المحتار ٩١/٥.

كما لو سرق شخص شيئًا، ثم وهبه أو باعه لشخص آخر، فإن تبدل السبب هنا لا يقوم مقام تبدل ذات الشيء، بل يبقى الشيء موصوفا بأنه مسروق، ويجب رده إلى صاحبه.

وقد اتفق الفقهاء على إعمال القاعدة في الصور التي ينتقل الملك فيها إلى طرف ثالث، أو يعود الملك فيه إلى صاحبه بسبب جديد من غير اختياره؛ كالوراثة، ويؤكد ذلك الإجماع الذي نقله طائفة من الفقهاء على بعض فروع القاعدة؛ ومن ذلك ما صرح به الحافظ ابن عبد البر في الصدقة؛ حيث قال: «كل العلماء يقولون: إذا رجعت إليه – أي الصدقة - بالميراث طابت له، إلا ابن عمر فإنه كان لا يحبسها إذا رجعت إليه بالميراث، ويحتمل فعل ابن عمر أن يكون على سبيل الورع والتبرع، لا أنه رآه واجبًا»[١].

أما إذا عاد الشيء إلى مالكه بسبب اختياري؛ كالبيع والشراء والهبة ونحوها فهل يتبدل الحكم بتبدل الملك فيه أم لا؟ محل خلاف بين الفقهاء، وقد أشار الشافعية إلى الخلاف في هذه الصورة بقولهم: «الملك العائد هل ينزل منزلة غير الزائل»[٢]، فحيث اعتبروا الملك العائد بمنزلة الذي لم يعد بنوه على أنه ملك جديد، وتجدد سبب الملك كتبدل الذات، وذهب ابن رجب الحنبلي إلى تقسيم الفروع المندرجة في الملك العائد إلى صاحبه إلى نوعين، وجعل لكل نوع ضابطا فقال: «الأحكام المتعلقة بالأعيان بالنسبة إلى تبدل الأملاك واختلافها عليها نوعان:

أحدهما: ما يتعلق الحكم فيه بملك واحد إذا زال ذلك الملك سقط الحكم، وصور ذلك كثيرة.

---

(١) التمهيد لابن عبد البر ٢٦٠/٣- ٢٦١ وانظر: شرح صحيح البخاري لابن بطال ٥٣٨/٣، طرح التثريب للعراقي ٨٨/٤.

(٢) فتح العزيز شرح الوجيز للرافعي ٣٤٤/٨-٣٤٥، روضة الطالبين للنووي ٤٧٥/٣.

النوع الثاني : ما يتعلق الحكم فيه بنفس العين من حيث هي تعلق لازم، فلا يختص تعلقه بملك دون ملك، وله صور»[١]، ثم ذكر صورا اختلف في إلحاقها بأحد النوعين.

أما الحنفية فلم يذكروا الخلاف في القاعدة أصلا، بل أجروها على إطلاقها، ولذلك وردت القاعدة عندهم بصيغة جازمة، شاملة لجميع صورها، إلا ما استثناه دليل خاص.

ومجال القاعدة شامل لمسائل ملك الأعيان وما يترتب على تبدل أسبابه من الأحكام.

أدلة القاعدة :

١- عن عائشة رضي الله عنها زوج النبي ﷺ أنها قالت: كان فى بريرة ثلاث سنن: خُيرت على زوجها حين عتقت، وأُهدي لها لحم فدخل علي رسول الله ﷺ والبُرْمَة على النار، فدعا بطعام فأتي بخبز وأدم من أدم البيت، فقال: «ألم أرَ برمة على النار، فيها لحم» فقالوا: بلى يا رسول الله، ذلك لحم تُصُدِّقَ به على بريرة، فكرهنا أن نطعمك منه فقال: «هو عليها صدقة، وهو منها لنا هدية»[٢].

قال الإمام النووي – رحمه الله: «في قوله عليه الصلاة والسلام في اللحم الذي تصدق على بريرة به: «هو لها صدقة، ولنا هدية»؛ دليل على أنه إذا تغيرت الصفة تغير حكمها، فيجوز للغني شراؤها من الفقير، وأكلها إذا أهداها إليه، وللهاشمي ولغيره ممن لا تحل له الزكاة ابتداء»[٣]، وقال السرخسي: «فهذا دليل على أن اختلاف

---

(١) القواعد لابن رجب ص٥٠.

(٢) رواه البخاري ١٢٨/٢ (١٤٩٥)، ١٥٥/٣ (٢٥٧٧)، ومسلم ٧٥٥/٢.

(٣) شرح النووي على مسلم ١٤٢/١٠.

أسباب الملك ينـزل منـزلة اختلاف الأعيان»[١].

٢- ما رواه بُرَيدة رضي الله عنه قال: «بينا أنا جالس عند رسول الله ﷺ إذ أتته امرأة فقالت: إني تصدقت على أمّي بجارية، وإنها ماتت، فقال ﷺ: «وجب أجرك وردها عليك الميراث»[٢].

وفي ذلك دليل على أن «الملك إذا تغاير تغايرت الأحكام»[٣].

٣- قوله ﷺ: «لا تحل الصدقة لغني إلا لخمسة: لغاز في سبيل الله، أو لعامل عليها، أو لغارم، أو لرجل اشتراها بماله، أو لرجل كان له جار مسكين فتصدق على المسكين فأهداها المسكين للغني»[٤].

فالحديث نص على أن مال الزكاة إذا أخرجه الفقير من ملكه بسبب شرعي، وأهداه إلى الغني حل له ذلك، وفي ذلك دليل على أن تبدل سبب الملك بمنـزلة تبدل العين.

٤- لأن حكم الشرع على الشيء بالحل والحرمة وغيرهما إذا كان يتعلق بذلك الشيء من حيث الاعتبار فإنه يتبدل بتبدل الاعتبار، فإذا تعلق به من حيث إنه مملوك، لا من حيث الذات، فإنه يتبدل بتبدل الملك[٥].

(١) المبسوط للسرخسي ٨/١٥٥ وانظر أيضًا: إحكام الأحكام لابن دقيق العيد ٢/١٦٦.
(٢) رواه مسلم ٢/٨٠٥ (١١٤٩) عن بريدة رضي الله عنه.
(٣) شرح سنن أبي داود للعيني ٦/٤٠٩.
(٤) رواه أحمد ١٨/٩٦ (١١٥٣٨)، وأبو داود ٢/١١٩ (١٦٣٧)، وابن ماجه ١/٥٩٠ (١٨٤١) عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه، ورواه أبو داود ٢/١١٩ (١٦٣٥)، ومالك في الموطأ ١/٢٦٨ (٢٩)، عن عطاء بن يسار مرسلاً.
(٥) انظر: التوضيح شرح التنقيح للمحبوبي ١/٣٢٤.

تطبيقات القاعدة :

١- إذا تعلق النذر بالعين المملوكة؛ كأن يقول: إن شفى الله مريضي فسيارتي صدقة أو نحو ذلك، ثم أخرج العين عن ملكه ببيع ونحوه، قبل أن يحصل الشرط بطل النذر، فلو عادت إلى ملكه بالإرث أو غيره، ثم شُفي مريضه لم يلزمه شيء؛ لأنه ملك جديد[١]، وتجدد سبب الملك يقوم مقام تبدل العين.

٢- من اشترى شيئا، ثم باعه من آخر، ثم اشتراه من ذلك الغير، فاطلع على عيب قديم فيه كان عند البائع الأول، فليس له أن يرده عليه؛ لأن تبدل سبب الملك بالشراء الثاني جعله كأنه غير المبيع الأول[٢].

٣- لو باع العين الموصى بها أو وهبها بطلت الوصية لزوال ملكه عنها، حتى لو ملكها بالشراء أو غيره لا تعود الوصية؛ لأنه ملك جديد، وتبدل سبب الملك قائم مقام تبدل الذات[٣].

٤- إذا خرجت العين الموهوبة عن ملك الموهوب له، ثم عادت إليه بسبب جديد؛ كبيع أو إرث أو وصية لم يملك الواهب الأول الرجوع في هبته؛ لأن العين الموهوبة بانتقال ملكيتها إلى غير الموهوب له صارت كأنها شيء آخر حكما؛ لأن تبدل الملك قائم مقام تبدل العين[٤].

٥- لو باع عقاراً لغيره، وكان له شفيع، فسلم الشفيع الشفعة للمشتري، ثم تقايلا البيع، فعاد المبيع إلى ملك البائع، فللشفيع أن يأخذ العقار

(١) انظر: البحر الزخار للمرتضى ٢٧٦/٥.
(٢) انظر: المبسوط ١٦٦/٩، رد المحتار لابن عابدين ٦/٥، شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٤٦٧.
(٣) انظر: بدائع الصنائع ٣٧٩/٧.
(٤) انظر: المبسوط ٥٦/١٢، تبيين الحقائق ١٠٠/٥، الدرر شرح الغرر للملا خسرو ٢٢٣/٢، مجمع الأنهر لشيخي زاده ٣٦٢/٢.

من البائع بالشفعة، لأن الشفيع شخص ثالث، والإقالة بيع جديد في حق الثالث، وتجدد سبب الملك قائم مقام تبدل الذات[١].

٦- إذا كسا مسكينا عن كفارة يمينه، ثم مات المسكين، فورث الكسوة منه، جاز ذلك؛ لأن الواجب قد تأدى بوصولها إلى يد المسكين، ثم عادت إليه بسبب جديد، واختلاف أسباب الملك ينـزل منزلة اختلاف الأعيان[٢].

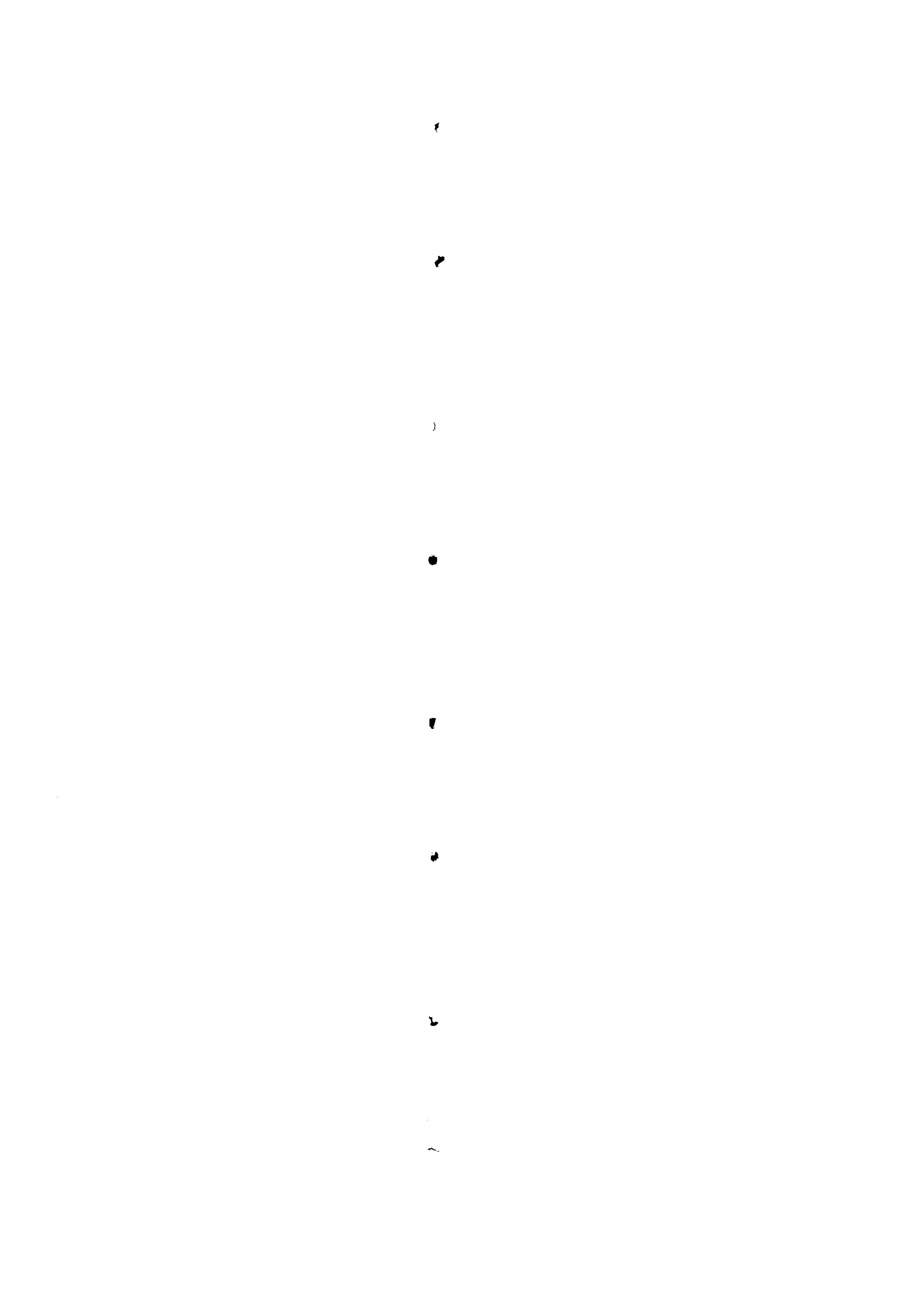
٧- من باع سلعة بثمن مؤجل، فلا يجوز له أن يشتريها من المبتاع بثمن معجل أقل مما باعها به، لكن لو باعه المشتري من رجل آخر أو وهبه له، ثم اشتراه البائع الأول من ذلك الرجل جاز ذلك[٣]، لأن اختلاف سبب الملك كاختلاف العين، فصار كأنه اشترى غير ما باع[٤].

٨- يجوز صرف الفوائد الربوية ونحوها من الأموال المحرمة إلى الفقراء، ويجوز للفقير تملكها والانتفاع بها؛ لأنها ليست محرمة لعينها، وإنما حرمت لكسبها بسبب محرم، فإذا أخذها الفقير بسبب جديد، وهو الصدقة انقطعت صلتها بالسبب السابق، وتصبح كأنها شيء آخر حكما؛ وذلك لأن تبدل سبب الملك قائم مقام تبدل الذات[٥].

محمد عمر شفيق الندوي

* * *

(١) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٤٦٨.
(٢) انظر: المبسوط ٨/١٥٥.
(٣) لكن ينبغي أن لا تكون الواسطة حيلة على وجه التواطؤ بين الأطراف الثلاثة.
(٤) انظر: المبسوط ١٣/١٢٢-١٢٣، العناية للبابرتي ٦/٤٣٣-٤٣٤، فتح القدير ٦/٤٣٣- ٤٣٥، ترتيب اللآلئ ١/٢٦٤.
(٥) انظر: فتاوى مصطفى الزرقا ص٦٠٣-٦٠٤، موسوعة القواعد والضوابط الفقهية للندوي ١/٢٩٧، فتاوى الشبكة الإسلامية، تاريخ الفتوى ١٩ جمادى الثانية ١٤٢٩هـ.



رقم القاعدة: ٨١٨

نص القاعدة: تَمْلِيكُ الدَّين مِنْ غَيْرِ مَنْ عَلَيْهِ الدَّين لاَ يَجُوزُ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- تمليك الدَّين من غير من عليه الدَّين في سائر الديون لا يجوز[٢].

٢- تمليك الدَّين من غير من عليه الدَّين باطل إلا إذا سلَّطه على قبضه[٣].

٣- الأصل أنه لا يصح تمليك الدَّين من غير من عليه الدَّين إلا إذا وكل بقبضه[٤].

٤- تمليك الدَّين من غير من عليه الدَّين لا يتصور[٥].

٥- تمليك الدَّين من غير من عليه الدَّين باطل[٦].

٦- الدَّين لا يملَّك لغير من عليه الدَّين[٧].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٦/٦٥، شرح فتح القدير للسيواسي ٧/١٨٩.

(٢) المبسوط للسرخسي ١٢/١٤٦.

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢٦٢، ووردت بلفظ: "تمليك الدَّين ممن ليس عليه الدَّين باطل إلا إذا سلطه على قبضه" مجمع الأنهر لشيخي زاده ٣/٥١٠.

(٤) حاشية ابن عابدين ٧/٣١٨.

(٥) شرح فتح القدير للسيواسي ٧/٢٤٥، جاءت هذه القاعدة بصيغة أخرى عند الكاساني بلفظ: "الدَّين لا يقبل التمليك لغير من عليه الدَّين"، بدائع الصنائع ٢/٤٣.

(٦) منهاج الطالبين للنووي ص ٤٩، وانظر: مغني المحتاج للشربيني ٢/٧١، الجامع الصغير لمحمد بن الحسن الشيباني ١/٤١٠، تبيين الحقائق للزيلعي ٤/١٧٤.

(٧) درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٣/٣٤٧.

٧- تمليك الدين لا يصح إلا ممن هو عليه[١].

القواعد ذات العلاقة:

١- تمليك الدَّين من غير من عليه الدَّين بعوض لا يجوز[٢].(أخص)

٢- المالك يملك التمليك[٣]. (أصل استثنيت منه القاعدة).

٣- شرط جواز العقد القدرة على التسليم[٤]. (مكملة).

٤- ما في الذمة لا يحتمل القبض[٥]. (مكملة).

٥- المبادلة بالدَّين من غير من عليه الدَّين لا تصح[٦]. (متفرعة).

•

شرح القاعدة:

التمليك من ملَّك يملِّك تمليكًا يقال: ملَّكت فلانًا كذا وكذا، إذا بسطت يده فيه، تمليكا[٧] أي جعلته ملكا له يملكه[٨]. ويشمل التمليك ما كان بعوض كالبيع والإجارة إلخ، كما يشمل ما ليس بعوض، كالهبة والوقف والهدية وغير ذلك.

والدَّين لغة: واحد الديون وقد دانه أقرضه فهو مدِين ومدْيون[٩]، يقال:

---

(١) حاشية ابن عابدين ١٥٢/٥.

(٢) المبسوط للسرخسي٦٩/١٥.

(٣) فتاوى قاضيخان ٣٨٢/٣.

(٤) المبسوط للسرخسي ١٢٥/١٢، انظر: مغني المحتاج للشربيني ١١/٢.

(٥) بدائع الصنائع للكاساني ١١٩/٦.

(٦) المبسوط للسرخسي ٥/٢٠.

(٧) انظر: جمهرة اللغة لابن دريد ٩٨١/٢.

(٨) انظر: لسان العرب ٤٩٢/١٠- ٤٩٣.

(٩) انظر: مختار الصحاح للرازي ص ٩١.

داينتُ فلانا إذا عاملته دينًا إما أخذا وإما إعطاءً، ويقال: دِنت وادَّنت، إذا أخذت بدَين[١].

وأما في الشرع فقد عرفه الفقهاء تعريفات عديدة، إلا أنهم إجمالا يطلقون هذا المصطلح باعتبارين، شكلي وموضوعي:

١- **من الناحية الشكلية**: يستعملون الدَّين في مقابلة العين، فالعين: هي الشيء المعين المشخص كبيت وسيارة وكرسي وحيوان[٢]. والدَّين: هو ما يثبت في الذمة من غير أن يكون معيَّنا مشخَّصا، سواء أكان نقدا أو غيره[٣]. ولذلك قالوا: «المعين لا يستقر في الذمة وما تقرر في الذمة لا يكون معينًا».

٢- **من الناحية الموضوعية**: (أي بالنظر إلى أسباب وجوب الدَّين). فقد استعمل الفقهاء الدَّين بمعنيين أحدهما أعمّ من الآخر:

- **المعنى الأعم**: ويشمل كل ما ثبت في الذمة من أموال أو حقوق محضة أيًّا كان سبب وجوبها، فيدخل في الدَّين سائر الطاعات من صلاة وصيام ونذر وغير ما ذكر من حقوق الله، ويشمل أيضًا حقوق الآدميين من زكاة وقرض وثمن متلف... إلخ.

- **المعنى الأخص**: وهو مقتصر على ما كان من الأموال، فالدَّين بهذا الاعتبار «ما وجب في الذمة بعقد أو استهلاك وما صار في ذمته دينا باستقراضه»[٤].

---

(١) مقاييس اللغة لابن فارس ٢/٣٢٠.

(٢) المادة ١٥٩ من مجلة الأحكام العدلية.

(٣) انظر: المادة ١٥٨ من مجلة الأحكام العدلية.

(٤) حاشية ابن عابدين ٥/١٥٧، وما ورد في تعريف الدَّين في الاصطلاح هو ملخص من كتاب "دراسات في أصول المداينات في الفقه الإسلامي" للدكتور نزيه حماد، دار الشروق، ص ١٠-١٥.

وقد عرَّفه الأحناف بأنه: «عبارة عن مال حكمي في الذمة ببيع أو استهلاك أو غيرهما»(١).

ومعنى القاعدة يتلخَّص في أنه إذا كان لشخص دَينٌ على غيره لأي سبب من الأسباب، فلا يجوز ولا يصح منه تمليك هذا الدَّين لغير المدين بأي طريقة من طرق التمليك، سواء ما كان منها بعوض كالبيع والشركة... إلخ - إذ القاعدة أن: «المبادلة بالدَّين من غير من عليه الدَّين لا تصح» - أو بغير عوض كالهبة والوصية.

وهذا الرأي استثناء من الأصل في الشريعة إذ إن «المالك يملك التمليك»، أي إن الإنسان حرٌّ التصرف فيما يملكه؛ لأن «من ملك شيئًا له أن يخرجه عن ملكه عينًا كان أو منفعة بالتمليك بأنواعه».

وعدم جواز تمليك الدَّين لغير من هو عليه بعوض وبغير عوض، هو رأي الجمهور من الحنفية والحنابلة والشافعية في الأظهر الأصح(٢)، وهو رأي الظاهرية(٣).

وخالفهم في ذلك الحنابلة في رواية عن الإمام أحمد، وهو وجه عند الشافعية، وهو قول الإمامية في المشهور عندهم(٤): وهو أنه يجوز تمليك الدَّين من غير من عليه الدَّين بعوض وبغير عوض(٥).

---

(١) انظر: الكليات للكفوي ص ٤٤٤، قواعد البركتي ص ٢٩٦، وقد خالفهم غيرهم إلا أن اختيار هذا التعريف راجع إلى ضرورته في فهم بعض صيغ القاعدة وبعض القواعد ذات العلاقة.

(٢) انظر: الشرح الكبير للرافعي ٨/٤٣٨-٤٣٩، روضة الطالبين للنووي ٣/٥١٤.

(٣) يقول ابن حزم: «لا يحل بيع دَين يكون لإنسان على غيره، لا بنقد ولا بدَين لا بعين ولا بعرض، كان ببينة أو مقرا به أو لم يكن: كل ذلك باطل» المحلى ٩/٦.

(٤) انظر: مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة لمحمد جواد العاملي١١/٣٤، تحقيق علي أصغر مرواريد، دار التراث، بيروت الطبعة الأولى ١٩٩٢م، فقه الصادق للروحاني ٢٠/٤٥، وبيع الدَّين دراسة في فقه الشريعة الإسلامية للناصر أحمد النشوي ص ١٢٠، دار الفكر الجامعي الطبعة الأولى ٢٠٠٧م.

(٥) الموسوعة الفقهية الكويتية ٢١/١٣٠، وانظر: مجموع الفتاوى لابن تيمية ٢٩/٥٠٦، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٣١، حاشية الجمل لزكريا الأنصاري ٣/١٦٤.

وهناك قول للشافعية بالجواز باستثناء دين السلم، وقد صححه كثير من أئمتهم بشروط معينة، قال الرملي: «وهو الموافق لكلام الرافعي في آخر الخلع، واختاره السبكي وحكي عن النص وهو المعتمد، وأفتى به الوالد رحمه الله تعالى لاستقراره كبيعه ممن هو عليه، ومحله إن كان الدَّين حالاً مستقرًّا والمدين مقرًّا مليًّا أو عليه بينة وإلا لم يصح، ويشترط قبض العوضين في المجلس كما صرح به في أصل الروضة كالبغوي وهو المعتمد»[١].

وأما المالكية فقد قالوا بجواز بيع الدَّين لغير المدين بشروط تباعد بينه وبين الغرر، وتنفي عنه سائر المحظورات الأخرى، وهي:

١ - أن يعجل المشتري الثمن.

٢ - أن يكون المدين حاضرا في البلد، ليعلم فقره من غناه.

٣ - أن يكون المدين مقرًّا بالدَّين.

٤ - أن يباع الدَّين بغير جنسه، أو بجنسه بشرط أن يكون مساويًا له.

٥ - ألا يكون ذهبا بفضة ولا عكسه، لاشتراط التقابض في صحة بيع بعضها ببعض.

٦ - ألا يكون بين المشتري والمدين عداوة[٢].

ومع أن الدَّين في الذمة يعتبر مالا قابلاً للتمليك حكمًا إلا أنه لا يقبل التمليك لغير من هو عليه، يقول السرخسي: «الدَّين في الذمة يقبل التمليك بالعقد؛ فإنه لو باعه ممن عليه الدَّين بعوض جاز، ولو وهبه منه جاز، فعرفنا أنه مال قابل للتمليك حكما»[٣].

---

(١) نهاية المحتاج للرملي ٩٢/٤، مغني المحتاج للشربيني ٧١/٢.

(٢) انظر: حاشية الدسوقي ٦٣/٣، بلغة السلك للصاوي ٢٦٤/٣.

(٣) المبسوط للسرخسي ٧٠/١٢.

ويقول الكاساني: «العين قابل للتمليك من جميع الناس، والدَّين لا يقبل التمليك لغير من عليه الدَّيْن»[١].

وعدم جواز تمليك الدَّين لغير من عليه راجع بالأساس إلى أن «الدَّين لا يُملك إلا بقبضه»[٢] وما دام في الذمة فإنه غير مملوك حقيقة، ومن ثم فلا يقدر مُملِّكه على تسليمه لمن ملكه إياه «لأنه وصف في الذمة»[٣]، «والوصف عرض لا يقبل التمليك»[٤]، و«شرط جواز العقد القدرة على التسليم». يقول الرافعي: فأما بيعه من غير من عليه فقولان: أحدهما: «أنه يجوز كبيعه ممن عليه وأصحهما المنع لعدم القدرة على التسليم»[٥].

أدلة القاعدة:

استدل أصحاب هذه القاعدة بأدلة منها:

١- حديث حكيم بن حزام أن النبي ﷺ قال له: «لا تبع ما ليس عندك»[٦]. وهذا الحديث دليل على عدم جواز تمليك الدَّين بعوض لما يترتب على هذا البيع من الغرر الناجم عن عدم القدرة على التسليم، يقول شيخ

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ٤٣/٢، وقال السرخسي: "الدَّين لا يقبل التمليك من غير من عليه الدَّين" المبسوط للسرخسي ٨٧/٢٠.

(٢) مطالب أولي النهى للرحيباني٣/٢٣٤.

(٣) تبيين الحقائق للزيلعي ٤٨/٥.

(٤) انظر: مجمع الأنهر لشيخي زاده ٣١٧/٣.

(٥) الشرح الكبير للرافعي ٤٣٨/٨-٤٣٩، وقال البابرتي معللا المنع: "لأن ذلك إنما لا يصح، لأنه تمليك ما لا يقدر على تسليمه" العناية شرح الهداية للبابرتي١٠/٨٣ و١١/١٤٦.

(٦) رواه أبو داود ١٨١/٤-١٨٢(٣٤٩٧) واللفظ له، ورواه الترمذي ٥٣٤/٣-٥٣٧ (١٢٣٢)(١٢٣٣)، والنسائي ٢٨٩/٧ (٤٦١٣)، والكبرى له ٥٩/٦-٦٠ (٦١٦٢)، وابن ماجه ٧٣٧/٢ (٢١٨٧)، وأحمد ٣١/٢٤ (١٥٣١٥) وقال الترمذي: حديث حسن. وانظره في قسم الضوابط الفقهية بلفظ: "لا يصح بيعُ ما ليس عند بائعه".

الإسلام ابن تيمية بعد أن أورد هذا الحديث: «ومنهم من يحمله على الملك واليد جميعا، أو يشترط في المبيع أن يكون مملوكا مقبوضا، فلا يجوز بيع المملوك الذي لا يتمكن من تسليمه؛ وهو من بيع الغرر، وهذا حجة من منع بيع الدَّين ممن ليس عليه، قال: لأنه غرر ليس بمقبوض»[١] و«لأن الدَّين إما أن يكون عبارة عن مال حكمي في الذمة، وإما أن يكون عبارة عن فعل تمليك المال وتسليمه، وكل ذلك غير مقدور التسليم في حق البائع»[٢].

وأما التمليك بغير عوض فالحكم فيه المنع كذلك، لأن الدَّين وإن كان مالاً مملوكًا لكنه مال لا يحتمل القبض لأنه ليس بمال حقيقة، بل هو مال حكمي في الذمة، وما في الذمة لا يمكن قبضه، فلم يكن مالا مملوكًا رقبة ويدا[٣]. لذلك لا تصح هبة الدَّين لغير من عليه، يقول ابن مفلح: «لا تصح هبة إلا في عين» ثم قال: «ومن هنا امتنع هبته لغير من عليه، وامتنع إجزاؤه عن الزكاة لانتفاء حقيقة الملك»[٤].

٢- عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره»[٥]. وقد عنون البيهقي الباب الذي ورد فيه هذا الحديث بقوله: «باب: من سلف في شيء فلا يصرفه إلى غيره ولا يبيعه حتى يقبضه»[٦]، فالمسلَم فيه دَين ولا يجوز بيعه لغير المدين قبل قبضه، لأن تمليك الدَّين من غير من عليه الدَّين لا يجوز.

---

(١) انظر: مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩/٤٠٣.

(٢) بدائع الصنائع ٥/١٤٨، وانظر: في التعليل بعدم القدرة على التسليم أيضًا، مغني المحتاج للشربيني ٢/٧١ الفروع لابن مفلح ٤/١٤٣.

(٣) بدائع الصنائع ٢/١٠.

(٤) الفروع لابن مفلح ٤/١٤٣.

(٥) رواه أبو داود ٣/٢٧٦ (٣٤٦٨)، وابن ماجه ٢/٧٦٦ (٢٢٨٣).

(٦) السنن الكبرى للبيهقي ٦/٣٠.

تطبيقات القاعدة :

١- إذا وهب رجل دَينًا له على رجل لرجل آخر، فقد اختلف الفقهاء في جواز ذلك، فقال مالك: يجوز إذا سلَّم إليه الوثيقة بالدَّين وأحلَّه محل نفسه، فإن لم يكن وثيقة وأشهدا على ذلك وأعلنا فهو جائز وقال أبو ثور: الهبة جائزة أشهد أو لم يشهد إذا تقاررا على ذلك، وقال الشافعي وأبو حنيفة: الهبة غير جائزة لأنها لا تجوز عندهم إلا مقبوضة، وعند الشافعية في ذلك وجهان: وجزم الماوردي بالبطلان وصححه الغزالي ومن تبعه، قيل: والخلاف مرتب على البيع إن صححنا بيع الدَّين من غير من عليه، فالهبة أولى، وإن منعناه ففي الهبة وجهان، وقال الحنفية: تمليك الدَّين من غير من هو عليه لا يجوز، لأنه لا يقدر على تسليمه، ولو ملَّكه ممن هو عليه يجوز، لأنه إسقاط وإبراء[1].

٢- إذا كان في التركة ديون، فإذا أخرج الورثة أحدهم بالصلح على أن يكون الدَّين لهم فلا يجوز الصلح لأن فيه تمليك الدَّين الذي هو حصة المصالح من غير من عليه الدَّين وهم الورثة فبطل، وإن شرطوا أن يبرأ الغرماء من نصيب المصالح من الدَّين جاز؛ لأن ذلك تمليك الدَّين ممن عليه الدَّين وإنه جائز[2].

٣- لو مات المحيل قبل قبض المحتال كان الدَّين والعين المحال بهما بين غرمائه بالحصص لكونه مال المحيل ولم يثبت عليه يد الاستيفاء لغيره، لأن المحتال لم يملك الدَّين بها، للزوم تمليك الدَّين من غير

(١) انظر: عمدة القاري للعيني ١٣/١٥٩-١٦٠.

(٢) انظر: التعريفات للجرجاني ١/٩٢، وانظر: الدر المختار للحصكفي ٥/٦٤٢- ٦٤٣.

من هو عليه، وهو غير جائز، وإنما وجب بها دَين في ذمة المحال عليه مع بقاء دَين المحيل[١].

٤- ليس لاثنين أن يتخذا دينهما الذي في ذمة آخر رأس مال للشركة فيعقدا عليه الشركة، وإذا كان رأس مال أحدهما عينًا والآخر دينًا فلا تصح الشركة أيضًا، ويشترط أن يكون رأس مال الشركة عينا أو غير دَين وأن لا يكون مالاً غائبًا، فلذلك لا يكون الدَّين - أي المطلوب من ذمم الناس - رأس مال لشركة المفاوضة أو العنان، لأنه لا يمكن بالدَّين شراء المال وبيعه والربح من ذلك، أي لا يمكن إجراء مقتضى الشركة لأن الدَّين لا يملَّك لغير من عليه الدَّين، فلا يمكن أن يشترى مال من عمرو مقابل الدَّين المطلوب من زيد مثلاً[٢].

٥- تصرف الزوجة في مهرها الذي لم تستوفه من زوجها بالهبة أو البيع وغير ذلك لا يجوز لأن تصرفها في المهر مع غير الزوج لا يصح لأن فيه تمليك الدَّين من غير من عليه الدَّين وهو باطل[٣].

٦- إذا كان شخص مريضًا مرض الموت وله ديون في ذمم جماعة معلومين، وعليه ديون لأربابها فوهب الباقي من ديونه بعد أداء ما عليه من الديون لبنتيه، وعوضتاه عن ذلك شيئًا سلمتاه له، ثم مات من ذلك المرض عنهما وعن زوجة وعم شقيق لم يجيزا الوصية، وتزعم البنتان جوازها بسبب التعويض المذكور، فالهبة غير صحيحة ولا عبرة بزعمهما، لأمور منها: تمليك الدَّين لغير من عليه من غير تسليط[٤].

---

(١) انظر: البحر الرائق لابن نجيم ٦/ ٢٧٤.
(٢) درر الحكام لعلي حيدر ٣/ ٣٧٤.
(٣) الفتاوى الهندية للشيخ نظام ٦/ ٢٥٥.
(٤) الفتاوى الحامدية لابن عابدين ٥/ ٢٤٣.

٧- من له على إنسان مائة فاشترى من آخر شيئًا بتلك المائة، فلا يصح على الأظهر لأنه بيع الدَّين من غير من عليه، وهو غير جائز؛ لعدم القدرة على التسليم(١).

٨- إذا كان لزيد على عمرو دَين فاشترى زيد من آخر شيئًا بذلك الدَّين الذي له على عمرو فإنه لا يجوز، لأن ذلك تمليك الدَّين من غير من عليه الدَّين، وهو باطل(٢).

د. رحال إسماعيل بالعادل

* * *

(١) انظر: الشرح الكبير للرافعي ٨/٤٣٨-٤٣٩، روضة الطالبين للنووي ٣/٥١٤.

(٢) انظر: العناية شرح الهداية للبابرتي١١/١٤٦.

رقم القاعدة: ٨١٩

نص القاعدة: التَّمْلِيكُ يَرْتَدُّ بِالرَّدِّ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- يرد التمليك بالرد[٢].

٢- التمليك يرد برد المتملك[٣].

٣- ترد التمليكات بعد الإيجاب برد الطرف الآخر إياها[٤].

٤- ترد عقود التمليك برد الإيجاب فيها[٥].

٥- التمليك يرتد قبل قبوله[٦].

٦- كل ما فيه تمليك مال من وجه يقبل الارتداد بالرد[٧].

٧- ما فيه معنى التمليك يرتد بالرد[٨].

---

(١) العناية شرح الهداية للبابرتي ٧/١٩١، ٢٤١، الفروق للكرابيسي ٢/٢٤٥.
(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٢/٤١٣.
(٣) درر الحكام ١/٧٣٣.
(٤) انظر: درر الحكام ٢/٤١٣.
(٥) انظر: درر الحكام ١/٨٣٤ وأصل العبارة: "ترد عقود التمليك كالبيع والهبة برد الإيجاب فيها".
(٦) حاشية ابن عابدين ٣/٣٦١.
(٧) شرح الأسرار للدبوسي ١/١٨٩، منظومة ابن وهبان لابن الشحنة ١/٣٣٠.
(٨) الذخيرة البرهانية لابن مازه ١/٣٣٠.

قواعد ذات علاقة :

١- العقد يرتد بالرد[١]. (عموم وخصوص وجهي).

٢- الإسقاط إذا لم يكن فيه معنى المالية لا يرتد بالرد[٢]. (مكملة للقاعدة).

٣- التراضي هو المناط الشرعي في المعاملات[٣]. (تعليل للقاعدة).

٤- ليس لأحد ولاية إدخال الشيء في ملك غيره بغير رضاه[٤]. (تعليل للقاعدة).

٥- لا يلزم قبول المـنَّة[٥]. (أخص).

٦- لا يلزم قبول الهبة[٦]. (أخص).

٧- الوصية تبطل بالرد[٧]. (متفرعة عن القاعدة).

٨- الإقرار يرتد بالرد[٨]. (متفرعة عن القاعدة).

٩- النذر لا يحتاج إلى قبول ويبطل بالرد[٩]. (متفرعة عن القاعدة).

١٠- العارية ترتد بالرد[١٠]. (متفرعة عن القاعدة).

---

(١) تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ٤١٩/٥، حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب ٩٩/٣، حاشية الجمل ٤٥٧/٣، حاشية قليوبي ٢٠/٣، حواشي الشرواني ٤١٨/٥، حاشية إعانة الطالبين ١٥٣/٣، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٢) أصول السرخسي ١٢٢/١.

(٣) السيل الجرار للشوكاني ٦١٩/١، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٤) المبسوط للسرخسي ٩٩/٨، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "لا ولاية لأحد في إدخال الشيء في ملك غيره بغير رضاه".

(٥) انظر: المغني لابن قدامة ١٧٩/٧، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٦) شرح النيل لأطفيش ٧٩/٩.

(٧) الذخيرة للقرافي ١٥٣/٧، المغني لابن قدامة ٤٦٧/٦، الشرح الكبير ٤٤٥/٦، وانظره في قسم الضوابط الفقهية بلفظ: "الرجوع عن الوصية إبطال لها".

(٨) المبسوط للسرخسي ١٨٧/١٧.

(٩) التاج المذهب ٤٣٩/٣، شرح الأزهار ٣٠٥/٤ فمن نذر أن يعطي فلانا مالا، ثم أعطاه فرد النذر فإنه يرتد برده، ويعطي الناذر المال لشخص غيره.

(١٠) نهاية المحتاج للرملي ١٣٠/٥.

شرح القاعدة:

التمليك لغة: جعل الشيء ملكًا للغير[١].

واصطلاحًا: نقل الملك وإزالته إلى مالك آخر، سواء أكان المنقول عينًا كما في البيع، أم منفعة كما في الإجارة، وسواء أكان بعوض، أم بدونه كالهبة والصدقة[٢].

والرد في اللغة: صرف الشيء ورَجْعُه[٣]. والمراد هنا: رفض التمليك وعدم قبوله.

ومعنى يرتد: يعود إلى ملك صاحبه بعد رفض من أراد تمليكه.

ومعنى القاعدة: أن ما كان فيه نقل ملكية من شخص إلى آخر فإنه يبطل. ويرتد برد الطرف الذي سينتقل الملك إليه؛ لأن الأصل أن التراضي هو المناط الشرعي في جميع المعاملات، ومنها التمليك والتملك فالشّرط فيهما أن يكونا عن تراض، لا عن إكراه أو إجبار أو غير اختيار، فلا يجوز لأحد أن يُدخل في ملك غيره شيئًا من غير اختياره أو رضاه بالملكية[٤].

وللتمليك أسباب كثيرة، منها: المعاوضات المالية كالبيع والشراء ونحوه، ومنها التبرعات كالهبات والهدايا والصدقات والوصايا والوقف، ومنها أسباب أخرى، كالميراث، والغنائم، والديات، وإحياء الموات، وغيرها.

فإذا كان التمليك بعقد لا يثبت إلا بالقبول أو مما يقوم مقامه فإنه يرتد بالرد، وهذا لا خلاف فيه بين الفقهاء[٥].

---

(١) انظر: لسان العرب ٤٩١/١٠ مادة (ملك).

(٢) انظر: الاختيار للموصلي ٣/٢، ٤١/٣، الذخيرة للقرافي ١٥٩/١، المنثور في القواعد للزركشي ٢٢٨/٣، شرح منتهى الإرادات ١٤٠/٢.

(٣) انظر: لسان العرب – مادة (ردد) ١٧٢/٣.

(٤) انظر: مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر لشيخي زاده ٢٧٠/٢.

(٥) انظر: المبسوط ٨٤/١٢، المغني لابن قدامة ٥٦١/٦.

وإذا كان التمليك بعقد من العقود التي يترتب عليها التزام من أحد الطرفين دون الآخر وتحتاج إلى القبول لثبوت الحكم، فإنه كذلك يرتد بالرد، مثل الهبة والصدقة والعارية والوصية والوقف على معين وهذا أيضًا مما لا خلاف فيه بين الفقهاء[١].

والقاعدة متفق عليها من حيث الجملة، واختلف في بعض المسائل هل هي من باب التمليكات فترتد بالرد أم لا؟ مثل الإبراء، هل هو إسقاط أو تمليك؟ فقد ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية[٢] والمالكية[٣] والشافعية[٤]، والظاهرية[٥]. وهو قول الزيدية[٦] والإباضية[٧] والجعفرية[٨] إلى أنه يحمل معنيين: معنى الإسقاط بالنظر إلى الدائن؛ إذ قد تخلى عنه وانقطعت مطالبته به، ومعنى التمليك بالنظر إلى المدين؛ إذ قد تملكه فمن رأى أن معناه التمليك ذهب إلى أنه يرتد بالرد وهذا قول الحنفية والمالكية والشافعية في قول، والزيدية والجعفرية[٩]، والإباضية[١٠] ومن رأى أن معناه الإسقاط ذهب إلى أنه لا يرتد بالرد، وهو قول الحنابلة والشافعية وبعض الجعفرية[١١].

---

(١) انظر: أشباه السيوطي ص ٢٧٨-٢٧٩، غمز عيون البصائر ٨٨/٣، البحر الزخار ٣٠٥/٦.
(٢) انظر: المبسوط للسرخسي ٧٤/١٢، الهداية للمرغيناني ٤١/٣، حاشية ابن عابدين ٣٦٠/٣، ١٥٨/٥.
(٣) انظر: الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقى ٩٩/٤.
(٤) انظر: المجموع للنووي ٢٥٩/٤، روضة الطالبين ٤٨٤/٣، مغني المحتاج١٧٩/٢.
(٥) انظر: المحلى ١١٧/٩.
(٦) انظر: التاج المذهب ٥٠٠/٢، البحر الزخار ٢٧/٥.
(٧) انظر: شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ٦٤٠/١٣.
(٨) انظر: القواعد والفوائد للعاملي ٢٩٢/١، نضد القواعد الفقهية للسيوري ١٢٣/١.
(٩) انظر: بدائع الصنائع ٧٥/٤، الهداية للمرغيناني ٢٣٠/٣، مواهب الجليل للحطاب ٥٢/٦، حاشية الدسوقي ٩٩/٤، مغني المحتاج ١٧٩/٢، ٤٠٠، القواعد والفوائد للعاملي ٢٩٢/١.
(١٠) انظر: شرح النيل ٧٩/٩.
(١١) انظر: المغني ٦٥٨/٥، كشاف القناع ٣٠٤/٤، مغني المحتاج ٧٩/٢.

وقد ذكر بعض الفقهاء ما يمكن أن يعد ضابطًا لما يرتد بالرد وما لا يرتد، وهو أن «ما يتوقف على الإيجاب والقبول فإنه يرتد بالرد»(١). وقال آخرون: «ما ليس فيه تمليك مال لم يقبل الارتداد بالرد»(٢).

وللقاعدة علاقة العموم والخصوص الوجهي بقاعدة «العقد يرتد بالرد»(٣). فالتمليك أعم من جهة أنه يكون بالعقد وغيره؛ والعقد أعم من جهة أنه يكون عقد تمليك أو تبرع أو توثيق، فعقود التمليكات هي أحد أنواع العقود وبذلك تكون أخصّ من العقد المطلق.

ويستثنى من القاعدة ما كان التمليك فيه من جهة الشرع لا من جهة العبد، كالميراث، فهو يدخل في ملك الوارث جبرا ولا يرتد برده، وهو ما يعبر عنه ضابط «الميراث يثبت من غير قبول الوارث ولا يرتد بالرد»(٤).

ومجال العمل بالقاعدة بعض العبادات المالية، كالصدقة والنذر والكفارات المالية، وكذلك عقود التبرعات كالهبة والوقف والعارية وغيرها.

أدلة القاعدة:

١- عن حكيم بن حزام - رضي الله عنه - قال: سألت رسولَ الله ﷺ فأعطاني، ثم سألته فأعطاني، ثم سألته فأعطاني ثم قال: «يا حكيم، إن هذا المال خضرة حلوة، فمن أخذه بسخاوة نفس بورك له فيه، ومن أخذه بإشراف نفس لم يبارك له فيه كالذي يأكل ولا يشبع، اليد العليا خير من اليد السفلى» قال حكيم: فقلت: يا رسول الله، والذي

---

(١) القواعد للحصني ٤/٦، مختصر قواعد العلائي لابن خطيب الدهشة ١/٣٧٣.

(٢) الأسرار للدبوسي١/١٨٩.

(٣) انظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٤) المبسوط للسرخسي ٢٧/١٥٤.

بعثك بالحق لا أرزأ أحدا بعدك شيئا حتى أفارق الدنيا. فكان أبو بكر - رضي الله عنه - يدعو حكيما إلى العطاء فيأبى أن يقبله منه، ثم إن عمر - رضي الله عنه - دعاه ليعطيه فأبى أن يقبل منه شيئا فقال عمر إني أشهدكم يا معشر المسلمين على حكيم، أني أعرض عليه حقه من هذا الفيء فيأبى أن يأخذه فلم يرزأ حكيم أحدا من الناس بعد رسول الله ﷺ حتى توفى[١]. ووجه الدلالة: أن حكيما رضي الله عنه عرض عليه تملك حقه من بيت المال فرد ما يمكن أن يتملكه ولم يجبره النبي ﷺ ولا أبو بكر ولا عمر - رضي الله عنهما - على أخذه.

٢- عن ابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ أن أعرابيا وهب للنبي ﷺ فأثابه عليها، فقال: «رضيتَ؟» قال: لا. فزاده، وقال: «رضيت ؟» قال: نعم. فقال النبي ﷺ «لقد هممت أن لا أتهب إلا من قرشي أو أنصاري أو ثقفي»[٢]. ففي قوله ﷺ: «لقد هممت أن لا أتهب إلا من قرشي أو أنصاري أو ثقفي» دليل على أن رد الهبة وما في حكمها من الأسباب التي تفيد التمليك جائز وأنه يرتد بالرد.

٣- الإجماع على بعض فروع القاعدة وهو رد ما كان فيه منّة من التمليكات وعدم لزوم قبولها؛ قال الإمام القرطبي، رحمه الله تعالى: «أجمع العلماء على أنه إذا لم يكن للمكلف قوت يتزوده في الطريق لم يلزمه الحج، وإن وهب له أجنبي مالا يحج به لم يلزمه قبولُه إجماعا، لما يلحقه من المنة في ذلك»[٣].

---

(١) رواه البخاري ١٢٣/٢ (١٤٧٢)، ٥/٤ (٢٧٥٠)، ٩٢ (٣١٤٣)، عن حكيم بن حزام رضي الله عنه.

(٢) رواه أحمد ٤٢٤/٤ (٢٦٨٧)، وابن حبان ٢٩٦/١٤ (٦٣٨٤)، والطبراني في المعجم الكبير ١٨/١١ (١٠٨٩٧) كلهم عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما.

(٣) تفسير القرطبي ١٥٢/٤.

تطبيقات القاعدة :

١- إذا وهب رجل مالاً لفقير لا يستطيع الحج ليحج به فرده الفقير فإنه يرتد ولا يجب عليه الحج؛ لأن الهبة تمليك[(١)] ، والتمليك يرتد بالرد.

٢- إذا رد المهدى إليه الهدية فإنها ترتد برده؛ لأن التمليك يرتد بالرد.

٣- إذا تصدق رجل على آخر فلم يقبلها وردها فإنها ترتد برده ولا تدخل في ملكه[(٢)]؛ لأن التمليك يرتد بالرد.

٤- إذا أوقف رجل على شخص معين أو أشخاص معينين فردوا الوقف فإنه يرتد بردهم[(٣)]؛ لأن التمليك يرتد بالرد.

٥- من نذر أن يعطي فلانا مالا، ثم أعطاه فرد النذر فإنه يرتد برده، ويعطي الناذر المال لشخص غيره[(٤)].

٦- إذا أبرأ الدائن المدين من الدين فرفض المدين قبول الإبراء فإنه يرتد برده؛ لأن الإبراء فيه معنى التمليك[(٥)]، والتمليك يرتد بالرد.

٧- إذا أقر شخص بأن عليه دينا لآخر فأنكر المقر له، فإن الإقرار يرتد برده.

فتحي السروية

* * *

---

(١) انظر: تفسير القرطبي ٤/١٥٢، الإنصاف للمرداوي ٣/٤٠٨.

(٢) انظر: أشباه السيوطي ص ٢٧٨.

(٣) انظر: غمز عيون البصائر ٤/١٠٥، قواعد الحصني ٤/٦، أشباه السيوطي ص ١٥٦، ٢٧٩.

(٤) انظر: التاج المذهب ٣/٤٣٩، شرح الأزهار ٤/٣٠٥.

(٥) انظر: بدائع الصنائع ٤/٧٥، الهداية للمرغيناني ٣/٢٣٠، الفروق للقرافي ٢/٢٠٢، مواهب الجليل للحطاب ٦/٥٢، حاشية الدسوقي ٤/٩٩، مغني المحتاج ٢/١٧٩، ٤٠٠، القواعد والفوائد للعاملي ١/٢٩٢.



رقم القاعدة: ٨٢٠

نص القاعدة: التَّمْلِيكُ لِلْمَجْهُولِ لا يَصِحُّ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- إثبات الملك للمجهول متعذر[٢].

٢- إثبات الملك للمجهول لا يتحقق[٣].

قواعد ذات علاقة:

١- التمليك من المجهول لا يصح[٤]. (متكاملة للقاعدة).

٢- تمليك المجهول لا يصح[٥]. (متكاملة للقاعدة).

٣- الحق لا يثبت للمجهول[٦]. (أعمّ).

---

(١) ترتيب اللآلي لناظر زاده ٢/٩٩٧، درر الحكام شرح غرر الأحكام لملا خسرو ٢/٤٤٦.

(٢) المحيط البرهاني لابن مازه ٦/٧٠، الذخيرة البرهانية مخطوط بمكتبة الأزهر تحت رقم ٢٠٨٥٦ عام ١٥٨٤ خاص ٨/٣٤٢.

(٣) المحيط البرهاني لابن مازه ٦/٧٠، الفتاوى الهندية ٦/١٢١.

(٤) الهداية للمرغيناني٢/١٧٦، فتح القدير للكمال بن الهمام٦/١٢٢، البحر الرائق لابن نجيم٥/١٦٥، تبيين الحقائق للزيلعي ٣/٣٠٤، اللباب للميداني ١/١٦٨، مجمع الأنهر لشيخي زاده ٢/٣٥٠، ٤/٤٥٢.

(٥) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني ٥/١٧٢، تبيين الحقائق ٤/٤٣، الهداية ٣/٤١، حاشية ابن عابدين ٥/٤٢، حاشية شرح الأزهار ٣/١١٠.

(٦) المبسوط للسرخسي ١٣/١٦٥، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

٤- المجهول كالمعدوم[١]. (أعمّ).

٥- الإباحة للمجهول جائزة[٢]. (مكملة للقاعدة).

٦- الجهالة التي لا تفضي إلى المنازعة لا تمنع صحة التمليك[٣]. (مقيدة للقاعدة).

٧- الإبراء للمجهول باطل[٤]. (متفرعة عن القاعدة).

٨- الإقرار للمجهول باطل[٥]. (متفرعة عن القاعدة).

٩- الجهالة تجوز في الصدقات[٦]. (تكامل).

شرح القاعدة:

التمليك لغة: جعل الشيء ملكًا للغير[٧].

واصطلاحًا: نقل الملك وإزالته إلى مالك آخر، سواء أكان المنقول عينا كما في البيع، أم منفعة كما في الإجارة، وسواء أكان بعوض، أم بدونه كالهبة والصدقة[٨].

---

(١) انظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٢) إبراز الضمائر على الأشباه والنظائر للأزميري ١/٣٦٤، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٥/٣٠٩، حاشية ابن عابدين ٥/٤٨، فتاوى قاضيخان ٣/٢٦١، الفتاوى الهندية ٥/١٤١، مجمع الضمانات للبغدادي ١/٣٠٣.

(٣) المبسوط للسرخسي ١٣/٧٩، وانظر قاعدة: "ما كان مبناه على التوسع تحتمل فيه الجهالة اليسيرة" في قسم القواعد الفقهية.

(٤) البحر الرائق ٥/٣٠٩، فتاوى قاضيخان ٣/٢٦١، حاشية ابن عابدين ٥/٤٨.

(٥) المبسوط للسرخسي ١٧/١٠٢، ١٨/٢٧، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام للطرابلسي ١/١٣١، البحر الرائق ٥/٣٠٩، فتاوى قاضيخان ٣/٢٦١، حاشية ابن عابدين ٥/٤٨، مجمع الضمانات ١/٣٠٣.

(٦) منهج الطالبين للرستاقي ١٥/٥٠٧، لباب الآثار لمهنا البوسعيدي ١١/٤٧.

(٧) انظر: لسان العرب ١٠/٤٩١ مادة (ملك).

(٨) انظر: الاختيار للموصلي ٢/٣، ٣/٤١، الذخيرة للقرافي ١/١٥٩، المنثور في القواعد للزركشي ٣/٢٢٨، شرح منتهى الإرادات ٢/١٤٠.

والمراد بالمجهول هنا: الشخص أو الأشخاص الذين سينتقل الملك إليهم، لا الشيء المراد تمليكه.

والفرق بين المجهول والمعدوم: أن المجهول موجود ولكن جُهلت عينه، أما المعدوم فهو غير موجود أصلاً.

ومعنى القاعدة: أنه لا يصح أن يكون من سينتقل إليه الملك غير معروف؛ لأن التمليك يترتب عليه أحكام بأسبابه، فإذا كان من سينتقل إليه الملك مجهولاً فعلى من تترتب هذه الأحكام.

فالتمليك له أركان ثلاثة:

١- المُملِّك.

٢- محل التمليك، وقد اشترط الفقهاء فيه على اختلاف مذاهبهم أن يكون معلومًا غير مجهول[1].

٣- المُملَّك، وهو من سينتقل إليه الملك، ويختلف حكم الجهالة فيه باختلاف سبب التمليك.

فإذا كان سبب التمليك عقد معاوضة، وكان أحد طرفي العقد غير معين، فإن العقد لا يصح، كأن يكون محل عقد البيع سيارة مثلا، فلا يصح أن يقول البائع لمجموعة من المشترين: بعت هذه السيارة لأحدكم، من غير أن يعينه فالعقد هنا غير صحيح لجهالة المشتري وكذلك لا يصح أن يقول المشتري لمجموعة من البائعين: اشتريت هذه السلعة من أحدكم.

---

(١) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٢٩١/٤، الحاوي للماوردي ٢٠٢/٢٠، المحلى لابن حزم ٥١٩/٩ وانظر صياغة قاعدة "الجهالةُ تَمنعُ صحةَ التَّمليك ولا تَمنعُ صحةَ الإِباحة" وقاعدة "لا إلزام في المجهول".

والفقهاء وإن اتفقوا على أصل القاعدة فقد اختلفوا في بعض فروعها، كإبراء الدائن أحد مدينيه من غير تعيين[١]، والإقرار للمجهول[٢].

ومن ذلك أيضًا: الوصية لغير معين، فقد ذهب أكثر الفقهاء إلى اشتراط كون الموصى له معلوما غير مجهول أي لا يكون مجهولاً جهالة لا يمكن رفعها وإزالتها؛ لأن هذه الجهالة تمنع من تسليم الموصى به إلى الموصى له، فلا تفيد الوصية فلو أوصى رجل لأحد رجلين فالوصية باطلة عند المالكية[٣] والشافعية[٤] والحنابلة[٥]، وهو قول أبي حنيفة وزفر[٦] وقال أبو يوسف: إن اصطلح الموصى لهما فالوصية لهما وذهب محمد بن الحسن إلى أن الخيار إلى الورثة يعطون أيهما شاءوا[٧].

والغالب في عقود المعاوضات أن التمليك فيها لا يصح لمجهول العين، ويستثنى من ذلك: عقد الجعالة، فإذا كان العامل مجهولا غير معين فإنه يكفي علمه بإعلان الجاعل، وجهالته لا تضر في صحة التمليك من الجاعل؛ لأن غرض الجاعل هو الحصول على الشيء الذي من أجله عُقدت الجعالة[٨]، أما عقود التبرعات فالأصل أنه يُتسامح فيها ما لا يتسامح في غيرها؛ والجهالة فيها

---

(١) انظر: شرح مختصر خليل للخرشي ٦/٩٩، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٥٢، كشاف القناع ٤/٣٣٧، القواعد والفوائد للعاملي ١/٢٩٣ وجاء في مجلة الأحكام العدلية في المادة (١٥٦٧): "يجب أن يكون المبرءون معلومين ومعينين".

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي ١٧/١٠٢، ١٨/٢٧، البحر الرائق ٥/٣٠٩، مواهب الجليل للحطاب ٧/٢٢٠، نهاية المحتاج للرملي ٥/٧٢، المغني ٥/١٦٥.

(٣) انظر: عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٣/٤١٦.

(٤) انظر: روضة الطالبين للنووي ٥/١١٣.

(٥) انظر: كشاف القناع للبهوتي ٤/٣٥٧.

(٦) انظر: حاشية ابن عابدين ٥/٤١٦.

(٧) انظر: السابق.

(٨) انظر: الجهالة وأثرها في عقود المعاوضات ص ٦٨.

لا تفضي إلى المنازعة؛ لذلك لا يجب فيها دائمًا تعيين الطرف المتبرع له، وقد يكتفى بتعيينه عند استحقاق تنفيذ التبرع.

ومجال العمل بالقاعدة كل ما كان سببا للتمليك، كعقود المعاوضات، وعقود التبرعات.

أدلة القاعدة :

١- **دليل عقلي** : وهو أنه في كثير من عقود المعاوضات يلزم قبض ما وقع عليه العقد[(١)]، فإن كان أحد طرفي العقد مجهولا فلن يمكن تسليم الملك إليه.

٢- **دليل آخر** : وهو أن الإيجاب والقبول ركن من أركان العقد[(٢)]، فإذا كان من سينتقل الملك إليه مجهولا فلن يحصل منه قبول.

تطبيقات القاعدة :

١- لا يصح الإقرار بدين لشخص مجهول لأن الإقرار بدين تمليك[(٣)]، والتمليك لا يجوز للمجهول.

٢- لو أبرأ رجل أحد مدينيه، فلا يصح حتى يعين أحدهما[(٤)]؛ لأن

---

(١) مثل عقد الصرف والسلم والإجارة في الذمة والمزارعة والمساقاة انظر بدائع الصنائع ٥/٢١٥، ١٧٨/٦، حاشية ابن عابدين ٢٥٨/٥، ٨٦/٦، ٢٧٦، فتح العلي المالك لعليش ١١٠/٢، روضة الطالبين للنووي٣٧٩/٣، ١٥٥/٥، كشاف القناع للبهوتي٢١٧/٣، شرح منتهى الإرادات١/٣٨٠، شرح المجلة للأتاسي ٣٩٤/٤.

(٢) انظر: الشرح الصغير للدردير ٣/٢، نهاية المحتاج للرملي ١٢/٣ مغني المحتاج للشربيني٢/٥-٧، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ١٤٠/٢.

(٣) انظر: المبسوط ١٠٢/١٧، ٢٧/١٨، معين الحكام ١٣١/١، البحر الرائق ٣٠٩/٥، فتاوى قاضيخان ٢٦١/٣، حاشية ابن عابدين ٤٨/٥، مجمع الضمانات ٣٠٣/١.

(٤) انظر: شرح مختصر خليل للخرشي ٩٩/٦، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٥٢، كشاف القناع ٣٣٧/٤.

الإبراء فيه معنى التمليك، والتمليك لا يصح للمجهول.

٣- لو أوصى رجل لجماعة مجهولة لم تصح الوصية عند القائلين بأن التمليك للمجهول لا يصح وتصح هذه الوصية عند القائلين بأن التمليك للمجهول جائز[1].

٤- إذا وقف على شخص غير معين لم يصح الوقف[2]؛ لأن التمليك للمجهول لا يصح.

٥- عند القائلين بجواز التمليك للمجهول: من ألقى شيئًا وقال: من أخذه فهو له، أو نحو ذلك، فلمن سمعه أو بلغه تملكه[3].

فتحي السروية

* * *

(١) انظر: الفتاوي البزازية بهامش الفتاوى الهندية ٤٣٨/٦، عقد الجواهر الثمينة ٤١٦/٣، حاشية الدسوقي ٤٣٤/٤، مغني المحتاج ٤٠/٣، ٦٢-٦٣، المغني ٥٦/٦.

(٢) انظر: المهذب للشيرازي ٣٢٤/٢، المجموع للنووي تكملة المطيعي ٣٢٧/١٥، ٣٣٢، شرح منتهى الإرادات ٤٠٤/٢، كشاف القناع ٢٤٩/٤ وعند بعض الفقهاء: إذا لم يعين الواقف الجهة الموقوف عليها فإن الوقف يكون صحيحًا، لأن الوقف من التبرعات، والتبرعات تغتفر فيها جهالة المتبرع له انظر حاشية ابن عابدين ٣٦٥/٣-٣٦٦، حاشية الدسوقي ٨٧/٤-٨٨، مغني المحتاج ٣٨٤/٢، شرح منتهى الإرادات ٤٩٨/٢.

(٣) انظر: المدخل إلى نظرية الالتزام ص٩٠ أما من لم يبلغه الإعلان فلا يملكه إن أخذه لأنه يكون في حقه لقطة.

رقم القاعدة: ٨٢١

نص القاعدة: التَّمْلِيكُ مِنَ المَجْهُولِ لا يَصِحُّ [(١)].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- التمليك من المجهول باطل[(٢)].

٢- التمليك من المجهول محال[(٣)].

٣- لا يصح التمليك من المجهول[(٤)].

٤- التمليك من المجهول جهالة لا يمكن إزالتها لا يصح[(٥)].

٥- التمليك من المجهول لا يكون[(٦)].

---

(١) المبسوط للسرخسي ١١/٢، عمدة القاري للعيني١٦٧/٢ ، ٣٨٣/١٢، الهداية للمرغيناني١٧٦/٢ ، العناية شرح الهداية للبابرتي ١٢٢/٦ ، البنايـة شرح الهداية ٣٣٠/٧، فتح القدير للكمال بن الهمام ١٢٢/٦ ، البحر الرائق لابن نجيم ١٦٥/٥ ، تبيين الحقائق للزيلعـي ٣٠٤/٣، اللبـاب للميداني ١٦٨/١ ، حاشية ابن عابدين ٥٧٣/٢ ، ٢٧٨/٤ ، مجمع الأنهـر لشيخـي زاده ٧٠٨/١، ٧١٧/٢.

(٢) المبسوط للسرخسي٦٧/٣٠، الذخيرة البرهانية لابن مازه ٢٦٧/٨، المحيط البرهاني في الفقه النعماني لابن مازه ١١٦/٦.

(٣) البناية شرح الهداية ٤٥٩/٣.

(٤) عمدة الناظر على الأشباه والنظائر لأبي السعود ٨٤٨/٢.

(٥) بدائع الصنائع للكاساني ٣٤٢/٧.

(٦) المحيط البرهاني في الفقه النعماني ٤٣٣/٥.

قواعد ذات علاقة :

١- الحق لا يثبت للمجهول[١]. (أعمّ).

٢- المجهول كالمعدوم[٢]. (أعمّ).

٣- التمليك للمجهول لا يصح[٣]. (قسيمة للقاعدة).

٤- تمليك المجهول لا يصح[٤]. (قسيمة للقاعدة).

٥- الإباحة للمجهول جائزة[٥]. (مكملة للقاعدة).

٦- الجهالة التي لا تفضي إلى المنازعة لا تمنع صحة التمليك[٦]. (مقيدة للقاعدة).

٧- توكيل المجهول لا يجوز[٧]. (فرع للقاعدة).

٨- الدعوى من المجهول لا تصح[٨]. (فرع للقاعدة).

---

(١) المبسوط للسرخسي ١٣/١٦٥، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٢) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٠/٥٧٨، الطرق الحكمية لابن القيم ص ٤٤٧، مدارج السالكين ٣/٨٨، زاد المعاد ٥/١٢٠، الفروع لابن مفلح ٤/٣٥٩، نظرية التقعيد الفقهي للروكي ص١٣٧، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية

(٣) ترتيب اللآلي لناظر زاده ٢/٩٩٧، درر الحكام شرح غرر الأحكام لملا خسرو ٢/٤٤٦، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٤) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني ٥/١٧٢، تبيين الحقائق ٤/٤٣، الهداية ٣/٤١، حاشية ابن عابدين ٥/٤٢، شرح الأزهار لابن مفتاح ٣/١١٠.

(٥) إبراز الضمائر على الأشباه والنظائر للأزميري ١/٣٦٤، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٥/٣٠٩، حاشية ابن عابدين ٥/٤٨، فتاوى قاضيخان ٣/٢٦١، الفتاوى الهندية ٥/١٤١، مجمع الضمانات للبغدادي ١/٣٠٣.

(٦) المبسوط للسرخسي ١٣/٧٩، وانظر قاعدة: "ما كان مبناه على التوسع تحتمل فيه الجهالة اليسيرة" في قسم القواعد الفقهية.

(٧) حاشية ابن عابدين ٦/٦٧.

(٨) تبيين الحقائق ٣/٨٩.

٩- الإبراء من المجهول لا يصح[١]. (فرع للقاعدة).

١٠- الجهالة تجوز في الصدقات[٢]. (فرع لمخالفي القاعدة).

شرح القاعدة :

التمليك لغة : جعل الشيء ملكًا للغير[٣].

واصطلاحًا : نقل الملك وإزالته إلى مالك آخر، سواء أكان المنقول عينًا كما في البيع، أم منفعة كما في الإجارة، وسواء أكان بعوض، أم بدونه كالهبة والصدقة[٤].

والمراد بالمجهول هنا: المُملِّك، الذي يتم نقل ملكه إلى غيره.

ومعنى القاعدة: أنه لا يصح أن يكون من سينتقل منه الملك مجهولا؛ لأن التمليك يترتب عليه أحكام بأسبابه، والمملك تكون عليه التزامات، ولا يصح أن تترتب هذه الأحكام والالتزامات في ذمة مجهول.

فالتمليك له أركان ثلاثة:

١- المُملِّك، وهو موضوع القاعدة.

٢- محل التمليك، ولا خلاف في أنه يُشترط أن يكون شيئًا معلومًا[٥].

٣- المُملَّك، وهو من سينتقل إليه الملك[٦].

---

(١) المجموع للنووي ١٢/٣٦٣.

(٢) منهج الطالبين للرستاقي ١٥/٥٠٧، لباب الآثار لمهنا البوسعيدي ١١/٤٧.

(٣) انظر: لسان العرب ١٠/٤٩١ مادة (ملك).

(٤) انظر: الاختيار للموصلي ٢/٣، ٣/٤١، الذخيرة للقرافي ١/١٥٩، المنثور في القواعد للزركشي ٣/٢٢٨، شرح منتهى الإرادات ٢/١٤٠.

(٥) انظر: صياغة قاعدة "الجهالةُ تَمنعُ صحةَ التَّمليك ولا تَمنعُ صحةَ الإِباحة" وقاعدة "لا إلزام في المجهول".

(٦) انظر: صياغة قاعدة "التَّمليك للمجهول لا يصح".

وكما أن التمليك من المجهول لا يصح؛ لكون أحكام والتزامات التمليك لا تترتب في ذمة مجهول، فإن التملّك من المجهول لا يصح كذلك، فكل شيء لا يُعرف مالكه لا يجوز تملكه، كالدين الذي أقر به رجل قبل موته ولم يعرف صاحب الدين، فلا يجوز للورثة تملكه؛ لأن صاحبه مجهول.

فهذه القاعدة معقولة المعنى، فكل مال صاحبه مجهول لا يجوز تملكه فاللقطة مثلاً لا يحل لملتقطها أخذها على جهة التملك وتبقى على ملك صاحبها، فإذا عرفها سنة جاز له الانتفاع بها والتصرف فيها دون تملكها، فإذا تصرف فيها أو هلكت وجاء صاحبها يضمن له بدلها إن تعذر ردها[(١)]. فإذا كانت اللقطة شيئًا يعلم أن صاحبها لا يطلبها، يجوز له الانتفاع بها من غير تعريف لكنها تبقى على ملك مالكها[(٢)].

وهذه القاعدة قد أكثر فقهاء الحنفية من ذكرها في مواضع كثيرة قال السرخسي عن اللقطة: «ما يجده نوعان: أحدهما: ما يعلم أن مالكه لا يطلبه كقشور الرمان والنوى والثاني: ما يعلم أن مالكه يطلبه فالنوع الأول له أن يأخذه وينتفع به إلا أن صاحبه إذا وجده في يده بعد ما جمعه كان له أن يأخذه منه؛ لأن إلقاء ذلك من صاحبه كان إباحة الانتفاع به للواحد ولم يكن تمليكا من غيره، فإن التمليك من المجهول لا يصح، وملك المبيح لا يزول بالإباحة ولكن للمباح له أن ينتفع به مع بقاء ملك المبيح»[(٣)].

والقاعدة ليست على إطلاقها عند جميع الفقهاء؛ إذ هناك خلاف في بعض الفروع ناشئ عن اختلاف سبب التمليك فإذا كان سبب التمليك عقد

---

(١) انظر: تبيين الحقائق ٣٠٧/٣، حاشية الدسوقي ١٢١/٤، مغني المحتاج ٤١٥/٢، المغني لابن قدامة ٣٢٦/٦-٣٣٠، المحلى لابن حزم ٢٥٧/٨، البحر الزخار ٢٨٣/٥، شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ١٩٧/١٢، القواعد الفقهية للبجنوردي ٢١/٤.

(٢) انظر: الهداية ١٧٦/٢، فتح القدير ١٢٢/٦، البحر الرائق ١٦٥/٥، حاشية ابن عابدين ٤٦٧/٤.

(٣) المبسوط ٢/١١.

معاوضة، فالأصل أن يكون طرفا العقد غير مجهولي العين؛ لأن الإيجاب والقبول ركن من أركان العقد، فإذا جهلت عين أحدهما فلا يصح العقد؛ لأن كليهما يكون مالكا ومملكا في الوقت ذاته ففي عقد البيع يملِّك البائع السلعة ويتملك الثمن، والمشتري يملّك الثمن ويتملك السلعة، وينشأ عن هذا التمليك التزام وحقوق لكلا الطرفين، فإذا كان المملّك مجهولا فلا يصح البيع؛ لأن الحق لا يثبت في ذمة مجهول وإذا كانت الجهالة في صفة أو حال المملّك لا في عينه ولا تؤثر هذه الجهالة على رضا المتملك أو على سير العقد فإن الجهالة هنا لا تضر ويصح العقد؛ لأن الجهالة هنا لا تفضي إلى المنازعة، فلا تمنع صحة التمليك ومن ذلك «ابتياع الأشياء من المجهول الذي لا يُعرف جائز حتى يطلع على ما يلزم التورع عنه أو يوجب ترك مبايعته غصبٌ أو سرقة أو شبههما وقال ابن المنذر: من كان بيده شيء فظاهره أنه مالكه ولا يلزم المشتري أن يعلم حقيقة ملكه»[1]. وكذلك غالب معاملات البيع في الأسواق الاستهلاكية، فلا يضر فيها جهالة حال أو صفة المتبايعين أما إذا كانت الجهالة في صفة أو حال المملِّك، وتؤثر هذه الجهالة على سير العقد أو على رضا الطرف الآخر بحيث إنه لو علم بهذه الصفة قبل العقد لما أتمه، فإن الجهالة تؤثر في هذه الحال على العقد، ويكون الطرف الذي جهل حال أو صفة الآخر بالخيار بين الفسخ أو الإمضاء[2]. كمن اشترى سلعة ثم تبين أن من باعها له معروف بالسرقة أو أكل الحرام.

وإذا كان سبب التمليك عقد تبرع كالصدقة والهدية والهبة وغيرها، فالأصل ألا يشترط فيها العلم بالمملِّك، وجهالة عينه يصح معها التمليك؛ لأن

---

(١) شرح صحيح البخاري لابن بطال ٦/٢٤٠، عمدة القاري للعيني ١٢/٢٧.

(٢) انظر: الجهالة وأثرها في عقود المعاوضات لعبد الله محمود الصيفي ص ٦٨ الناشر: دار النفائس – الطبعة الأولى ١٤٢٦هـ/٢٠٠٦م.

عقود التبرعات مبناها على المساهلة[١]. فتصح الصدقة من المجهول؛ إذ الأفضل في إخراجها الخفاء، إلا إذا أصر المتبرَّع له على معرفته؛ لتورعه عن قبول تبرع ممن ماله حرام، أو لعدم قبوله المنة من أشخاص بأعينهم أو لغيرها من الأسباب.

ويخرج عن القاعدة ما أباح الشرع تملكه مما وجد من كنوز الجاهلية في موات أو في أرض لا يعلم لها مالك ولم تدخل في ملك أحد من المسلمين ولا من أهل الذمة، فهذا يجوز تملكه عند عامة الفقهاء بشروطه بعد إخراج الخمس لبيت مال المسلمين[٢].

ومجال العمل بالقاعدة كل ما كان سببا للتمليك، كعقود المعاوضات، وعقود التبرعات، وبعض ما يملك بغير عقد، كاللقطة والضالة وغيرها.

أدلة القاعدة:

١- عن زيد بن خالد الجهني أن النبي ﷺ سأله رجل عن اللقطة فقال: «اعرف وكاءها[٣]» أو قال: «وعاءها وعفاصها[٤]، ثم عرِّفها سنة، ثم استمتع بها، فإن جاء ربها فأدِّها إليه» قال: فضالّة الإبل؟ فغضب حتى احمرت وجنتاه أو قال: احمر وجهه فقال: «وما لك ولها؟ معها سقاؤها وحذاؤها[٥]، ترِد الماء وترعى الشجر، فذرها حتى يلقاها ربها» قال: فضالة الغنم؟ قال: «لك أو

(١) انظر: صياغة قاعدة "يغتفر في التبرعات ما لا يغتفر في المعاوضات".

(٢) لما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رجلا من مزينة سأل رسول الله فقال: يا رسول الله، الكنز نجده في الآرام وفي الخرب؟ فقال رسول الله ﷺ: «فيه وفي الركاز الخمس» رواه أحمد في مسنده ١١/٣٥٩ (٦٧٤٧)، والنسائي في الكبرى ٥/٣٥٢ (٥٧٩٥)، وانظر: حاشية ابن عابدين ٢/٣٢٣، البحر الرائق ٢/٢٥٤، حاشية الدسوقي ١/٤٩١، والمغني مع الشرح الكبير ٢/٦١٣.

(٣) الوكاء: الخيط الذى تشد به الصرة والكيس وغيرهما.

(٤) العفاص: الوعاء الذى تكون فيه النفقة.

(٥) حذاؤها: أي خُفُّها والمراد: أنها تقوى على المشي.

لأخيك أو للذئب»[١]. فصاحب اللقطة مجهول، وأمر النبي ﷺ بحفظ اللقطة وتعريفها سنة، ثم أمره بدفعها لصاحبها إذا ظهر بعد التعريف، دليل على أن الملتقط لا يتملك اللقطة؛ لأن مملكها مجهول، فيقاس عليها ما سواها مما يكون مملكه مجهولا.

٢- **دليل عقلي**: وهو أن الإيجاب والقبول ركن من أركان العقد، ولا يتم العقد إلا بهما في عقود المعاوضات وكثير من عقود التبرعات، فإذا كان من سينتقل الملك منه مجهولا فلن يحصل منه قبول.

تطبيقات القاعدة:

١- إذا كانت اللقطة شيئًا يعلم أن صاحبها لا يطلبها يجوز الانتفاع بها من غير تعريف ولكنه يبقى على ملك مالكه[٢]؛ لأن التمليك من المجهول لا يصح.

٢- من كان معروفًا بحفظ الودائع ووجد عنده وديعة لا يعرف صاحبها أو نسيه فإنه لا يملكها ولا تورث عنه؛ لأن المالك مجهول، والتمليك من المجهول لا يصح.

٣- لو أقر رجل قبل موته بدين عليه ولم يعرف الورثة صاحب الدين، فلا يجوز لهم تملكه؛ لأن صاحبه مجهول، والتمليك من المجهول باطل.

---

(١) رواه البخاري ١٢٤/٣(٢٤٢٧) وفي مواضع أخر، ومسلم ١٣٤٦/٣ - ١٣٤٩ (١٧٢٢) عن زيد بن خالد الجهني رضي الله عنه.

(٢) انظر: عمدة القاري ١٦٧/٢، ٣٨٣/١٢، البناية ٧٧٣/٦، فتح القدير ١٢٢/٦، البحر الرائق ١٦٥/٥.

٤- إذا دفع مجموعة من الناس مالا إلى شخص لبناء مسجد وعمارته، فبقي مال زائد عن ذلك، ولم يعرف صاحبه بعينه، فللقائم على البناء التصدق به، ولا يجوز له تملكه لأنه مال مجهول، والتمليك من المجهول باطل.

٥- إذا وُجد بيت خرب في مكان ولا يُعرف مالكه ولم يدعّ أحد ملكيته، فلا يجوز لأحد تملكه؛ لأن التمليك من المجهول لا يصح.

فتحي السروية

* * *

رقم القاعدة: ٨٢٢

نص القاعدة: إِنَّـمَا الـمُعْتَبَرُ حَالُ الـمَالِكِ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- كل ملك إنما يعتبر بحال المالك لا بحال المملوك[٢].

٢- ثبوت الملك باعتبار حال المالك[٣].

قواعد ذات علاقة:

١- المالك محكم في ملكه[٤]. (أصل للقاعدة).

٢- العذر متى جاء من قبل غير من له الحق لا يسقط الحق[٥]. (أخص).

٣- الزكاة إنما تعتبر بحال مالك الأصل[٦]. (أخص).

٤- المعتبر حال الزوج في ملك العقد[٧]. (أخص).

---

(١) المبسوط للسرخسي ٨١/١٢.
(٢) أحكام القرآن لابن العربي ٢٦١/١.
(٣) المبسوط للسرخسي ٣٩/٦.
(٤) السيل الجرار للشوكاني٢٦/٣.
(٥) التقرير والتحبير لابن أمير الحاج ١٧٩/٢ وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.
(٦) المنتقى للباجي ١٢٠/٥.
(٧) المبسوط للسرخسي ٣٩/٦.

شرح القاعدة:

المراد بحال المالك: أي صفته من حيث الذكورة والأنوثة، والبلوغ والصغر، والعقل والجنون، والاختيار والإكراه، ونحو ذلك من الصفات التي لها تأثير في التصرفات، ومعنى ثبوت الملك الوارد في إحدى صيغ القاعدة: أي تقرره وحصوله.

ومفاد القاعدة: أن أحوال المالكين في مجال الحقوق معتبرة شرعًا في ثبوت الأملاك وتقريرها، فالرجل باعتبار وصف الذكورة قد يملك ما لا تملكه المرأة، كالطلاق بالإرادة المنفردة بحيث إذا حصل منه تقررت آثاره وأحكامه، بخلاف ما إذا صدر من المرأة فإنه لا يرتب أثرا ولا ينتج حكمًا، وما يتقرر بمباشرة التصرف من ثبوت الملك في حق البالغ العاقل المختار يختلف عما يتقرر في حق غيره كالصغير والمجنون والمكره[1]، فإذا دار الأمر بين اعتبار حال مالك التصرف وبين اعتبار غيره ممن له علاقة بالتصرف تجعل الوهم يذهب إلى احتمال اعتبار حاله - فإن المعتبر حينئذ إنما هو حال المالك للتصرف دون غيره، فإذا أذن صبي لبالغ مثلاً في بيع ماله فإن الاعتبار يكون لحال مالك الأصل وهو الصبي دون ذلك البالغ؛ إذ مالك التصرف ابتداء إنما هو الصبي فكانت العبرة بحاله هو، هذا هو المراد بالقاعدة إجمالاً.

ومن هذا التقرير لمعنى القاعدة يتبين أن ليس المراد منها عموم إثبات اعتبار حال مالك التصرف عند تصرفه فهذا أمر متقرر ومستقر، وإنما المراد خصوص اعتبار حاله حين يحصل اشتباه بين حاله وحال غيره أيهما يعتبر.

ومجال تطبيق القاعدة واسع؛ إذ يشمل كل تصرف يحصل فيه احتمال اعتبار حال مالكه أو حال غيره، وهذا أمر ينتظم من الفروع الشيء الكثير، ومما

---

(١) موسوعة القواعد الفقهية للبورنو ٥٦٨/٤.

يعكس هذا الاتساع للقاعدة التي بين أيدينا تفرع عدد من القواعد والضوابط عنها كقاعدة: «العذر متى جاء من قبل غير من له الحق لا يسقط الحق» وضابط: «الزكاة إنما تعتبر بحال مالك الأصل» في باب الزكاة، وضابط: «المعتبر حال الزوج في ملك العقد» في باب النكاح.

أدلة القاعدة:

١- عن أنس بن مالك رضي الله عنه قال: أُتي النبي ﷺ بلحم، فقيل: تُصدق على بريرة، قال: «هو لها صدقة ولنا هدية»[(١)].

فما يعتبره النبي ﷺ حاله هو وكانت الصدقة محرمة عليه ﷺ، واعتبر حال بريرة مالكة اللحم، وكانت أَمَة يحل لها قبول الصدقة، مما يدل على أن العبرة بحال مالك التصرف دون غيره.

٢- قاعدة «المالك محكم في ملكه» ودليلها؛ لأن الأصل ودليله دليل لما يتفرع عنه ويتخرج عليه.

تطبيقات القاعدة:

١- إذا كان لمسلم بستان وشارك ذميا عليه لزم إخراج الزكاة من جميع ثمر البستان[(٢)]؛ لأن العبرة في الزكاة بحال مالك الأصل.

٢- لا تجب الزكاة في أنعام معلوفة غصبت من صاحبها، فأسيمت من قبل الغاصب[(٣)]؛ لأن المعتبر حال المالك لا حال غيره.

---

(١) رواه البخاري ٢/١٢٨ (١٤٩٥)، ٣/١٥٥ (٢٥٧٧)، ومسلم ٢/٧٥٥ (١٠٤٧).

(٢) انظر: المنتقى للباجي ٥/١٢٠.

(٣) انظر: البحر الزخار لابن المرتضى ٣/١٥٧.

٣- إذا غصب فقير مالا من شخص آخر، ونوى الآخر الزكاة فيما أخذ منه أجزأه ذلك، وإن كان الفقير قد أخذه على غير جهة الزكاة[١]؛ لأن العبرة في الأداء بقصد الدافع.

٤- إذا وكَّل الصبيُّ في بيع داره بالغا عاقلا فلا يصح البيع من ذلك الشخص؛ لأن العبرة بحال المالك وهو - هنا - صبي لا يملك مباشرة التصرفات الدائرة بين النفع والضرر إلا بإذن وليه أو وصيه[٢].

٥- إذا وهب شخص لرجل دابة لغيره وسلمها إليه، فأجاز صاحب الدابة الهبة جازت، ولا عبرة برجوع ذلك الشخص عن الهبة؛ لأن الإجازة في الانتهاء من قبل المالك بمنزلة الإذن في الابتداء من حيث إنه يتم رضا المالك بها، ولأن العاقد معتبر كالرسول، فلا معتبر بحاله، وإنما المعتبر حال المالك[٣].

٦- لا يجوز للمرأة أن تطلق نفسها من زوجها بإرادتها المنفردة كالرجل؛ لأن الطلاق بيد الزوج[٤]. والمعتبر حال مالك التصرف.

د. مبروك عبد العظيم أحمد

* * *

---

(١) انظر: إبراز الضمائر ١/١٧٣/أ.

(٢) انظر: الجوهرة النيرة ١/٢٤٠.

(٣) انظر: المبسوط للسرخسي ١٢/٨١.

(٤) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٣/٩٩، المدونة ٢/٨٤، مواهب الجليل ٤/٤٣، الأم ٥/٢٣٥، مغني المحتاج ٤/٤٥٥، حاشيتا قليوبي وعميرة ٣/٢٣٤، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٣/٧٤، المحلى ٩/٤٧٢، البحر الزخار ٤/١٦٥، شرائع الإسلام ٣/٣، شرح النيل وشفاء العليل ٧/٥٠٤.

رقم القاعدة: ٨٢٣

نص القاعدة: فسادُ السَّبب لا يَمْنَعُ وُقوعَ المِلكِ بالقَبْض[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- فساد السبب في الابتداء لا يمنع ثبوت الملك بالقبض[٢].

٢- فساد السبب شرعًا لا يمنع ثبوت الملك بعد تمامه[٣].

٣- فساد السبب لا يمنع ابتداء الملك عند القبض[٤].

٤- حيث يكون العقد فاسدا يوجب الملك بعد القبض[٥].

٥- الفاسد يملك إذا اتصل به القبض[٦].

قواعد ذات علاقة:

١- البيع الفاسد يملك بالقبض[٧]. (أخص).

---

(١) المبسوط للسرخسي ٥٤/٢٤، العناية للبابرتي ١٥٩/١٣، البناية العيني ١٨١/٨.
(٢) المبسوط للسرخسي ٧٨/٥، فتح القدير ٣٢٢/٣.
(٣) شرح السير الكبير للسرخسي ١١١٩/٤.
(٤) المبسوط للسرخسي ٩٧/١٢، ١٩/١٤.
(٥) البناية شرح الهداية للعيني ٤٧/١١.
(٦) الدر المختار وحاشية ابن عابدين ٥٦٩/٤.
(٧) حاشية ابن عابدين ١٤٩/٥ وانظر: الاختيار للموصلي ٢٢/٢، إبراز الضمائر للإزميري ٦٦/١-أ، ٦٨- أ، شرح المجلة لسليم رستم باز ص ٦٦.

٢- البيع الفاسد لا يفيد الملك بالقبض[١]. (مخالف).

٣- الهبة الفاسدة تفيد الملك بالقبض[٢]. (أخص)

٤- القبض في القسمة الفاسدة يفيد الملك[٣].(أخص).

٥- البيع الفاسد يوجب الملك بالقيمة[٤]. (أخص).

٦- البيع الفاسد لا ينقل الملك وإنما ينقل الضمان خاصة[٥]. (مخالفة).

شرح القاعدة :

المراد بالسبب هنا ما كان سببًا للملك كالعقد، وإحراز المباحات، والميراث ونحوها، والمراد به في القاعدة العقد خاصة؛ لأن الصحة والفساد من صفات العقود خاصةً فإذا كان العقد فاسدًا وقبض المعقود له المعقود عليه بإذن العاقد فقد ملك القابض ما قبضه وعليه أن يدفع القيمة لا الثمن[٦].

وهذه القاعدة من القواعد الخاصة بالمذهب الحنفي – وقال بموجبها أيضًا الزيدية في الجملة-[٧] وهي مبنية على ما ذهبوا إليه من التفريق بين العقد الفاسد وبين العقد الباطل، فالعقد الفاسد عندهم ما شرع بأصله دون وصفه والباطل لم يشرع لا بأصله ولا بوصفه ومن ثم يعتبرون العقد الباطل غير منعقد أصلاً، وأما العقد الفاسد فهو عقد منعقد لكن لا يثبت فيه الملك قبل القبض[٨].

---

(١) مرشد الحيران لقدري باشا ١/٣٣.

(٢) مرآة المجلة لمسعود أفندي ص١١٧، مرآة المجلة ليوسف آصاف ١/٧٩.

(٣) درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٣/١٦٩ وانظر: لسان الحكام ص ٣١٠.

(٤) ذخيرة الناظر للطوري ١/٨١/ب، وانظر: البحر الرائق لابن نجيم ٨/٣٣١.

(٥) المعيار المعرب للونشريسي ٥/٦٤.

(٦) والفرق بين الثمن والقيمة أن الثمن هو ما وقع به الشراء أي ما سمي في العقد والقيمة هي ثمن المثل أو ما يسمى في عرفنا بسعر السوق وهو السعر الذي يباع فيه عادة في نفس زمان العقد ومكانه.

(٧) انظر: من مصادر الزيدية ٤/٣١٤، ٣٤٣، ٣٨٠.

(٨) انظر: حاشية ابن عابدين ٤/١٠٠، تبيين الحقائق ٤/٤٣.

أما جمهور الفقهاء فلا يرون الفرق بين المصطلحين المذكورين فالباطل والفاسد عندهم سواء، وهما لفظان مترادفان والعقد الباطل أو الفاسد عندهم ما لم يترتب أثره عليه فلم يثمر ولم تحصل به فائدته[١].

وهذا كما ترى يتفق مع المذهب الحنفي في الفاسد قبل القبض وفي الباطل قبله أو بعده.

وتتجلى ثمرة الفرق بين الاصطلاحين عند الحنفية في أمرين[٢]:

١- أن العقد الفاسد عندهم يفيد الملك بالقبض دون الباطل.

٢- أن الباطل عندهم لا يمكن تصحيحه بحال إلا بالاستئناف والتجديد، بخلاف العقد الفاسد فإنه يمكن تصحيحه بحذف الموضع المختل منه؛ لأن الفساد فيه بسبب اختلال صفة العقد أو شرط من شروط صحته أما الباطل فلا يمكن تصحيحه؛ لأن الخلل فيه قد حدث في ركن من أركانه، ويغتفر في الشرط ما لا يغتفر في الركن فمثلاً عقد البيع يرجع سبب البطلان فيه إلى اختلال ركن البيع أو شرط من شروط الانعقاد، فإذا تخلف الركن أو شرط من شروط الانعقاد كان البيع باطلاً لا وجود له؛ لأن وجود التصرف المعتبر إنما يكون من الأهل في المحل حقيقة، ويكون العقد فائت المعنى من كل وجه: إما لانعدام معنى التصرف كبيع الميتة والدم، أو لانعدام أهلية التصرف كبيع المجنون والصبي الذي لا يعقل وأما البيع الفاسد عندهم فهو كل بيع فاته شرط من شرائط الصحة[٣].

---

(١) انظر: منح الجليل لعليش ٢/٥٥٠، الموافقات للشاطبي ١/٢٩٢، وروضة الناظر ص ٣١، القواعد والفوائد الأصولية للبعلي ص١١٠، الأشباه والنظائر للسيوطي ص٣١٠، مصباح الفقاهة للخوئي ١/٦١، ٢/٣٥٦.

(٢) انظر: موسوعة القواعد والضوابط الفقهية للندوي ٢/٢٧٨ – ٢٧٩.

(٣) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٥/٢٩٩.

وعند الجمهور يكون العقد باطلاً عند اختلال شرط من شرائط الصحة أيضًا ولا يفرقون بين الخلل في الركن أو الشرط.

ويجري الحنفية أحيانًا على عدم التفريق بين الخلل في الشرط أو الركن فيعبرون عن الباطل بالفاسد وبالعكس، قال ابن عابدين: «كثيرًا ما يطلقون الفاسد على الباطل»[(١)].

ولو وقع في البيع الباطل تسليم أحد العوضين من أحد الطرفين وجب رده عند جميع الفقهاء؛ لأن البيع الباطل لا يفيد الملك بالقبض[(٢)].

وعند الحنفية لا يملك المشتري المبيع شراءً فاسدًا قبل القبض، وبعد القبض بإذن البائع يملك المبيع ملكًا فاسدًا، وعليه قيمته للبائع لا الثمن الذي وقع به الشراء، وإنما يوجب البيع الفاسد بعد القبض الملك بالقيمة[(٣)] وعلى ذلك جاء الضابط الأول من الضوابط ذات العلاقة بالقاعدة موافقًا لمذهب الحنفية في ذلك.

وأما الهبة الفاسدة فقد اختلف فيها الحنفية فرأى بعضهم أنها لا تفيد الملك بالقبض والمفتى به عندهم أنها تملك به[(٤)].

وكما اختلف الحنفية في الهبة الفاسدة اختلفوا أيضًا في القسمة الفاسدة والمعتمد عندهم أنها تفيد الملك بالقبض.

---

(١) الدر المختار ٥٠٨/٤.

(٢) انظر: بدائع الصنائع الكاساني ٣٠٥/٥، حاشية الدسوقي للدسوقي ٥٤/٣، ٧١، منتهى الإرادات للبهوتي ١٩٠/٢، نهاية المحتاج للرملي ٦٤٣/٣، ٤٣٥، معالم السنن للخطابي ٢٥٨/٦.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٢٦٣/٥، غمز عيون البصائر للحموي ٢٧٢/٢، مجلة الأحكام العدلية المادة ٣٧١.

(٤) انظر: مجمع الأنهر لداماد أفندي ٤٩٣/٣، حاشية ابن عابدين ٥٧٨/٢، ٤٠/٣، واقعات المفتين لنقيب زاده ١٠٨/١، تنوير البصائر للغزي ١٢٧/١/ب.

وورد أحد الضابطين - ضمن القواعد ذات العلاقة - موافقًا لمذهب المالكية من أن القبض في البيع الفاسد لا يوجب الملك؛ لأن الفاسد عندهم والباطل سواء، وإنما ينقل الضمان فقط، فيجب رد المعقود عليه إن كان باقيًا، فإن فات فليس ثمة إلا القيمة، فإذا فاتت العين وتعلقت القيمة بذمة المشتري - أو المثل فيما له مثل - جاز أكل الغلة والأصل، وقبل الفوت فلا، لأنه مأمور بنقض العقد الفاسد، ورد ذلك على بائعه في كل وقت(١).

وإذا قبض العاقد المعقود عليه في العقد الفاسد، ملكه وجاز له أن يتصرف فيه ببيع أوهبة أوغيرهما من التصرفات إلا الانتفاع(٢). قال ابن عابدين: «إذا ملكه تثبت له كل أحكام الملك إلا خمسة: لا يحل له أكله، ولا لبسه»... إلخ(٣).

وتجدر الإشارة إلى أن العقد الفاسد وإن كان يفيد الملك عند الحنفية إلا أنهم قالوا إنه ملك خبيث، تجب إزالته بفسخ العقد ما دامت العين قائمة، لحق الشارع(٤).

وواضح بعد ما مر أن مجال تطبيق القاعدة يشمل أبواب الفقه التي تندرج في عقود المعاوضات والتبرعات.

أدلة القاعدة:

١- حديث عائشة - رضي الله عنها- أنها لما أرادت أن تشتري بريرة فأبى مواليها أن يبيعوها إلا بشرط أن يكون الولاء لهم، قال لها النبي ﷺ:

---

(١) انظر: المعيار المعرب ٥/٦٤.

(٢) انظر: الاختيار لتعليل المختار ٢/٢٢.

(٣) حاشية ابن عابدين ٥/٩٠.

(٤) انظر: الموسوعة الفقهية ٧/٢٥، الفقه الإسلامي وأدلته ٤/٣٢٠٤.

«خذيها واشترطي لهم الولاء؛ فإن الولاء لمن أعتق» فاشترتها مع شرط الولاء لهم[١].

«فالنبي -عليه الصلاة والسلام- أجاز العتق مع فساد البيع بالشرط»[٢].

٢- «ولأن ركن التمليك - وهو قوله: بعت واشتريت - صدر من أهله، هو المكلف المخاطب مضافًا إلى محله - وهو المال عن ولاية؛ إذ الكلام فيهما فينعقد لكونه وسيلة إلى المصالح والفساد لمعنى يجاوره كالبيع وقت النداء، والنهي لا ينفي الانعقاد بل يقرره لأنه يقتضي تصور المنهي عنه والقدرة عليه، لأن النهي عما لا يتصور وعن غير المقدور قبيح، إلا أنه يفيد ملكًا خبيثًا لمكان النهي»[٣].

٣- فساد السبب إنما لا يمنع وقوع الملك بالقبض للحرص على استقرار التعامل وصيانة الحقوق[٤].

تطبيقات القاعدة:

١- إذا اشترى شخص شيئًا شراء فاسدا، بأن قال للبائع، مثلاً: بعت منك أحد هذين الشيئين بكذا، ولم يذكر الخيار أصلا، فإن المشتري لا يملك واحدا منهما قبل القبض؛ لأن البيع الفاسد لا يفيد الملك قبل القبض، فإن قبضهما، ملك أحدهما ملكا فاسدا، وأيهما هلك لزمته قيمته؛ لأنه تعين للبيع، والبيع الفاسد يوجب الملك بالقيمة[٥].

---

(١) رواه البخاري٣/٧١ (٢١٥٥)، ومسلم ٢/١١٤١-١١٤٢(١٥٠٤) (٦) من حديث عائشة رضي الله عنها.

(٢) الاختيار لتعليل المختار ٢/٢٢، وانظر: البحر الزخار ٤/٣٨٠.

(٣) المصدر السابق في الموضع نفسه.

(٤) انظر: المدخل للزرقا ٢/٧٥٣.

(٥) انظر: بدائع الصنائع ٥/٢٦٣ وراجع أيضًا فتح القدير ٦/٤٥٩.

٢- لو باع وسكت عن ذكر الثمن ينعقد البيع فاسدًا - لأن مطلق العقد يقتضي المعاوضة، فإذا سكت كان عوضه قيمة وكأنه بقيمته فيفسد البيع - ويثبت الملك بالقبض(١).

٣- إذا أكره على الهبة فوهب المكرَه ما أكره على هبته ودفع الموهوب للموهوب له فقد ملك الموهوب له الموهوب بعد القبض كالهبة الصحيحة، وكذلك يثبت الملك للمشتري إذا اشتراه من المكرَه على بيعه وقبضه، بناء على أن فساد السبب لا يمنع وقوع الملك بالقبض(٢).

٤- فاسد القرض - كقرض الحيوان أو غيره مما لا يصح قرضه - يملك بالقبض، فيصح تصرفه فيه؛ لأن القرض الفاسد يفيد الملك بالقبض كالبيع وغيره(٣).

٥- المقبوض بالقسمة الفاسدة - كقسمة على شرط هبة أو صدقة أو بيع من المقسوم أو غيره - يثبت الملك فيه ويفيد جواز التصرف فيه لقابضه ويضمنه بالقيمة كالمقبوض بالشراء الفاسد(٤)، بناءً على موجب هذه القاعدة.

استثناءات من القاعدة:

قال ابن نجيم وغيره: إذا قبض المشتري المبيع فاسدًا ملكه إلا في مسائل:

الأولى: لا يملكه في بيع الهازل؛ لأن الهزل بمنزلة خيار المتبايعين أبدًا

---

(١) انظر: البناية للعيني ٨/٢٠١.

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي ٢٤/٥٤، حاشية ابن عابدين ٦/١٣٠.

(٣) انظر: الدر المختار وحاشية ابن عابدين ٥/١٦١ وهو أحد القولين عند الزيدية، والآخر أنه لا يملك بالقبض انظر: البحر الزخار ٤/٣٩٤.

(٤) الدر المختار مع حاشية ابن عابدين ٣/١٣٦ وقيل: لا يثبت انظر المصدر نفسه.

وإن اتصل به القبض، والجامع بينهما عدم اختيارهما الحكم بالهزل والشرط فيتوقف الملك على اختيارهما له برفع الهزل والشرط، بخلاف ما لو كان البيع فاسدا من وجه آخر حيث يثبت الملك به بالقبض لوجود الرضاء بالحكم فيه دون الهزل.

الثانية : لو اشتراه الأب من ماله لابنه الصغير أو باعه له كذلك فاسدا لا يملكه بالقبض حتى يستعمله.

الثالثة : لو كان مقبوضًا في يد المشتري أمانة لا يملكه به[١].

محمد بشير الإدلبي

* * *

(١) الأشباه والنظائر ص ١٧٥، غمز عيون البصائر ٢/٢٧٤، حاشية ابن عابدين ٤/٥٠٨.

رقم القاعدة: ٨٢٤

نص القاعدة: مَنْ مَلَكَ شيئًا مَلَكَ مَا هُوَ مِنْ ضَرُورَاتِه وَتَوَابِعِه[(١)].

صيغ أخرى للقاعدة :

١- من ملك شيئًا ملك ما هو من لوازمه[(٢)].

٢- التبع يملك بملك الأصل[(٣)].

٣- من ملك شيئًا ملكه بحقوقه[(٤)].

قواعد ذات علاقة :

١- التابع تابع[(٥)]. (أعم).

---

(١) تبيين الحقائق للزيلعي ١٥٨/٥، تكملة البحر الرائق للطوري ٥٤/٨، اللباب للميداني ١٢٨/٣ ووردت في الهداية للمرغيناني ٢٥٤/٣، مجمع الضمانات للبغدادي ص ٤٣٩ بنفس اللفظ إلا أنهما قالا: "يملك"، بدل "ملك" ووردت في ترتيب اللآلي لناظر زاده ١٠٩٩/٢، خاتمة مجامع الحقائق ص ٤٧، الدرر شرح الغرر للملا خسرو ٣٢٠/١، المجلة العدلية: المادة ٤٩، شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٢٦١، قواعد الفقه للمجددي ص١٣٠، المدخل الفقهي العام للزرقا ١٠٢٣/٢ بدون زيادة: "وتوابعه".

(٢) قواعد الفقه لابن نجيم ص ١٣١ نقلاً عن تعليقات المحقق لترتيب اللآلي ١٠٩٩/٢.

(٣) المبسوط للسرخسي ١٩٥/٢٣.

(٤) الحاوي للماوردي ١١٠/٦.

(٥) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص١٢٠، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١١٧، شرح القواعد الفقهية للزرقا ص٢٥٣ وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

٢- كل من ملك شيئًا يملك التّصرّف فيه إلا لمانع[١]. (أخص).

٣- الهواء ملك لصاحب القرار[٢]. (أخص).

٤- من ملك التجارة يملك ما هو من توابعها[٣]. (أخص).

٥- نماء الملك لمالكه[٤]. (أخص).

شرح القاعدة :

المراد بالضرورة هنا: ما لا بد للشيء منه، أي ما كان لازما له، سواء أكان لزومًا عقليًا أم عرفيًا، وهذا ما عبر به ابن نجيم في صياغته للقاعدة فقال: «من ملك شيئًا ملك ما هو من لوازمه، لا غيرها»[٥]. وليس المراد بالضرورة هنا الاضطرار.

ومعنى القاعدة: أن كل من ملك شيئا، سواء كان ملك عين أو ملك تصرف، فإنه يملك ما هو من لوازمه وتوابعه ومتمماته عقلا أو عرفا، ولو لم يُنص على ذلك في العقد؛ فمن ابتاع سيارة دخل في البيع عجلة الاحتياط للسيارة، والرافعة، وفرش السيارة، وإن لم تذكر؛ لأنها من توابع السيارة، والتبع يملك بملك الأصل؛ سواء أكان من التوابع المتصلة التي لا تنفك عن متبوعها، والمرتبطة به ارتباط تلازم، أما التوابع المنفصلة التي تكون تابعة بحكم

---

(١) القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير للندوي ص ٤٩٢ ووردت في العناية شرح الهداية للبابرتي ٤٦٦/٦ بلفظ: "كل من ملك بالقبض شيئا يملك التصرف فيه".

(٢) المغني لابن قدامة ٣١٥/٤ ووردت في التجريد للقدوري ٢٩٦٠/٦ بلفظ: "من ملك القرار ملك الهواء".

(٣) بدائع الصنائع للكاساني ١٥٤/٥ وفي حاشية الشلبي على التبيين ٢٢١/٥ بلفظ: "متى ملك التجارة ملك ما هو من ضروراتها".

(٤) شرح السير الكبير للسرخسي ٢١٦٧/٥.

(٥) قواعد الفقه لابن نجيم ص ١٣١ نقلاً عن تعليقات المحقق لترتيب اللآلي ١٠٩٩/٢.

العرف والعادة؛ لكونها من ضروراته ومتمماته؛ وذلك لأن التابع تابع، فيسري عليه ما يسري على متبوعه، وما يثبت لأصله من وصف أو حكم يثبت له تبعًا.

والقاعدة وإن اشتهرت بلفظها عند الحنفية إلا أنها محل اتفاق بين الفقهاء، ومعناها حاضر عندهم، مرعي فيما أوردوه من فروع فقهية، وإن كان ثمة اختلاف بينهم فهو في تحقيق مناطها في بعض تطبيقاتها، وخاصة التي يحكم فيها العرف، فقد يكون الشيء تابعا لغيره، وملحقا به عند قوم دون قوم، فالسرج واللجام مثلاً قد يكون من ضرورات الفرس عند قوم دون غيرهم، ثم إن الأعراف كما تختلف من مكان إلى مكان فإنها تختلف من زمان إلى زمان أيضًا، «فيعتبر في كل إقليم وعصر عرف أهله»[(١)].

ومجالها واسع يشمل كل ما يفيد ملك عين أو منفعة أو تصرف من بيع وإجارة وهبة ووكالة وولاية وغير ذلك.

أدلة القاعدة:

١- ما رواه ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «من باع نخلا قد أبرت فثمرها للبائع، إلا أن يشترط المبتاع»[(٢)].

فالحديث دل بمنطوقه على أن من باع نخلاً وعليها ثمرة مؤبرة لم تدخل الثمرة في البيع بل تستمر على ملك البائع؛ لأنها ظاهرة متميزة؛ فلم تتبع الأصل بمطلق العقد، ودل بمفهومه على أنها إذا كانت غير مؤبرة أنها تدخل في البيع تبعًا للنخل، وتكون للمشتري[(٣)]؛ وذلك لأنها متصلة بالشجرة اتصالاً ضروريًا، بمثابة

---

(١) رد المحتار لابن عابدين ١٨٩/٥.

(٢) رواه البخاري ٦٧/٣ (٢٢٠٤) وفي مواضع أخر، ومسلم ١١٧٣/٣ (١٥٤٣) (٨٠).

(٣) انظر: فتح الباري لابن حجر ٤٠٢/٤.

فروع الأشجار وأوراقها فتملك بملك أصلها، فدل هذا على أن من ملك شيئًا ملك ما هو من ضروراته وتوابعه.

٢- إجماع العلماء على بعض فروع القاعدة؛ ومن ذلك أن من باع حيوانا حاملا دخل الحمل في البيع تبعا له بالإجماع[١]، وكذلك من باع دارا دخل في بيعها الأرض وكل بناء متصل بها اتصال قرار اتفاقا[٢].

٣- قاعدة «التابع تابع»[٣].

تطبيقات القاعدة:

١- من ملك أرضا استتبع ملكه ملك ما فوقها من فضاء، وما تحتها من أرض، وله أن يبني فوقها الطباق، ويحفر في الأعماق إلى ما يشاء؛ لأن من ملك شيئًا ملك ما هو من ضروراته وتوابعه[٤].

٢- غير البالغ المأذون له في التجارة يجوز له أن يودع المال، وأن يبضع، وله الإقرار بالديون، ونحو ذلك ؛ لأن ذلك من ضرورات التجارة ؛ لأنه يبيع ويشتري فيلزمه الثمن، وتسليم المبيع، فيحتاج إلى أن يقر بذلك؛ ومن ملك شيئًا ملك ما هو من ضروراته وتوابعه[٥].

٣- لو أقر فقال الدار لفلان، وبناؤها لي، أو الأرض لفلان، ونخلها لي، لا يصدق في شيء من ذلك إلا بحجة؛ لأن البناء تبع للأصل، والنخل تبع للأرض، فيملك بملك الأصل[٦]، لأن من ملك شيئًا ملك ما هو من توابعه.

---

(١) انظر: المنتقى شرح الموطأ ٥/٢٤٢، مغني المحتاج ٢/٣٨٨.
(٢) انظر: رحمة الأمة للدمشقي ص ١٣٦، نهاية المحتاج ٤/١٣١.
(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٢٠، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١١٧، شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٢٥٣ وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.
(٤) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١/٥٣.
(٥) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٥/١٥٤، حاشية الشلبي على تبيين الحقائق ٥/٢٢١.
(٦) انظر: المبسوط ١٨/٧٤.

٤- من غصب حيوانا، فكبر في يده أو سمن ، وازدادت قيمته بـذلـك، فلصاحبه أن يأخذه، ولا شيء عليه للغاصب ؛ لأن الزيادة نماء ملك المالك، فهي تابعة له[١]، ومن ملك شيئًا ملك ما هو من توابعه.

٥- من حفر بئرًا في أرض موات، فأحياها بشروطها ملكها وملك حريمها؛ لأن من ملك شيئًا ملك ما هو من ضروراته وتوابعه، والحريم من ضرورات الانتفاع بالبئر فيملكه، فإن جاء رجل آخر ، وحفر في حريمها بئرًا، كان للأول أن يسد ما حفره الثاني ؛ لأن حريم البئر صار مملوكا لصاحب البئر ضرورة ، والثاني متعد في تصرفه في ملكه فلا يستحق بهذا التصرف شيئا[٢].

٦- من باع دارًا تناول البيع أرضها وبناءها، وما هو متصل بها اتصال قرار، مما هو من مصلحتها وإن لم يسم، كالأبواب المنصوبة والخوابي المدفونة، والرفوف المسمّرة والأوتاد المغروزة، والأحجار المخلوقة، وأشباه ذلك[٣].

٧- إذا اشترى رجل دارا ملك الطريق الخاصة بها، الموصلة إليها بدون تنصيص عليه؛ لأن الطريق من ضرورات الدار، والدار بدون طريق لا يمكن الانتفاع بها والسكنى فيها[٤].

محمد عمر شفيق الندوي

* * *

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٧/١٦٢.

(٢) انظر: المبسوط ٢٣/١٦١-١٦٢، البناية للعيني ١٢/٢٩٣، البحر الرائق ٨/٢٤٠-٢٤١.

(٣) انظر: تبيين الحقائق ٤/٩، العناية للبابرتي ٦/٢٨٠، المهذب للشيرازي مع المجموع ١٠/٥١٣، المغني ٤/٦٩.

(٤) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٢٦١، درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١/٥٣.

رقم القاعدة: ٨٢٥

نص القاعدة: اليَدُ دَلِيلُ المِلْكِ[(١)].

صيغ أخرى للقاعدة :

١- الظاهر من اليد الملك[(٢)].

٢- اليد تقتضي الملك[(٣)].

٣- الأصل في اليد الملك[(٤)].

٤- ثبوت اليد دليل الملك[(٥)].

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ٥/٤٥، الهداية شرح بداية المبتدي للمرغيناني ٤/٤٢، الدر المختار ٤/٤٨٩، البحر الرائق ٧/٢٤٤، تبيين الحقائق ٤/٤٢٥، لسان الحكام لابن الشحنة ١/٢٣٣، درر الحكام شرح غرر الأحكام لملا خسرو ٢/٣٥٥، الذخيرة للقرافي ٦/٢٤٦، النوادر والزيادات لابن أبي زيد ٩/٥، تحفة المحتاج ٦/٢٢٧، نهاية المحتاج ٥/٣٥٢، المغني لابن قدامة ٤/٣٠، المبدع شرح المقنع ٥/١٣٠، شرح منتهى الإرادات ٢/٣٩٣، القواعد الفقهية عند الإمامية ١/٩٥، شرح النيل ٨/٥٥٨، ووردت بلفظ: " وضع اليد دليل الملك بلا بينة " في تنقيح الفتاوى الحامدية ٤/٤٣٢، وبلفظ: " اليد من المرجحات فيما لم يعرف أصله عند تساوي البينتين في الشهادة بالملك" في شرح الخرشي على خليل ٧/٢٣١.

(٢) المهذب للشيرازي ٢/٣١١، ووردت بلفظ: " اليد دليل الملك في الظاهر " في كشف الأسرار على أصول البزدوي ٣/٣٧٨، مجمع الضمانات لأبي محمد غانم بن محمد البغدادي ص٧٤.

(٣) جامع المقاصد للمحقق الكركي ٩/٢٢١.

(٤) شرح المجلة لسليم رستم ١/١٠٥٧.

(٥) الدر المختار ٥/٥٨١.

٥- التصرف يدل على اليد[١].

٦- إنما تثبت اليد بالتصرف والنسبة وعدم المنازع[٢].

قواعد ذات علاقة :

١- الحكم ينبني على الظاهر ما لم يتبين خلافه[٣]. (أعم).

٢- الضمان يجب باليد لا بالملك[٤]. (مكملة).

٣- لا يثبت حق بيد[٥]. (مكملة).

٤- الظاهر حجة لدفع الاستحقاق لا لإثباته[٦]. (مكملة).

شرح القاعدة :

تطلق اليد في اللغة على اليد الجارحة المعروفة من المنكب إلى أطراف الأصابع، وتستعار للنعمة والولاية والحوز والملك والقوة والسلطان، فهي قسمان: حسية ومعنوية؛ فأما الحسية: فهي من الأصابع إلى الكوع، ويدخل الذراع في ذلك بحكم التبعية لا بالحقيقة، وأما المعنوية - وهي المقصودة هنا - فالمراد بها الاستيلاء على الشيء بالحيازة[٧]؛ فذو اليد هو من يضع يده على عين بالفعل أو الذي يشبه تصرفه تصرف الملاك[٨].

---

(١) رياض القاسمين للقاضي محمد كامي ص١٥١ والمراد باليد فيها وفي التي تليها: الملك، ولذلك جعلناهما من صيغ القاعدة.

(٢) البحر الزخار لأحمد المرتضى ٣٨/٦.

(٣) المبسوط للسرخسي ١٤١/١٣ وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٤) الموجبات والعقود ٢٤٥/١.

(٥) السيل الجرار ٢٥١/٣، ووردت بلفظ: "اليد توجب إثبات التصرف لا إثبات الملك" في المنثور للزركشي ٣٠٤/٢، وبلفظ: "الملك أقوى من اليد" في شرح المجلة للأتاسي ٤٢٩/٣.

(٦) المبسوط للسرخسي ٥٠/١٧ وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٧) انظر: المنثور للزركشي ٣٧٠/٣، الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة ص ٦٤.

(٨) مجلة الأحكام العدلية، مادة (١٦٧٩).

أما الملك عند الفقهاء فهو اختصاص إنسان بشيء يخوّل له شرعًا الانتفاع والتصرف فيه وحده ابتداء إلا لمانع[1].

وأما التصرف فالمراد به ما يعم كل ما يحدث ويصدر من المرء ويترتب عليه أثر سواء كان من الأفعال أو الأقوال، أو هو: «ما يصدر عن الشخص بإرادته ويرتب الشارع عليه أثرًا شرعيًا، سواء كان من جانب واحد أم من جانبين، نقلا أو إسقاطا، قولاً أو فعلاً، نافعًا لهذا الشخص أو ضارا له»[2].

ومعنى القاعدة أنه إذا ثبتت يد إنسان على شيء وحازه أو كان في يده يتصرف فيه تصرف الملاك في أملاكهم من نقض وبناء وإجارة وإعارة ونحو ذلك من وجوه التصرفات - فإن ذلك يكون كافيا في إثبات ملكيته له فلا يُسأل دليل آخر على ملكيته ما لم يقع تنازع وأتى الخصم ببينة أقوى من اليد أو التصرف؛ فإذا شوهد أصل بيد إنسان يسكنه أو يحرثه فقد زاد اتصالاً به على مَن لم يُشاهد بيده فيكون أولى عند عدم البيان؛ لأن اليد أقصى ما يستدل به على الملك عند عدم المنازعة؛ وليس وراء اليد دليل أقوى منها، فهي في الحقيقة مرجع الدلالة ومبدؤها؛ فإن الذي يعاين الشراء وغيره من الأسباب الكاسبة للملك شرعًا لا يعلم ملك المالك فيها إلا بمعاينة اليد أو بسبب ينتهي حتمًا إلى اليد، فاليد بلا منازع إذًا هي المستند الأخير في الدلالة على الملك، فالأصل أن تكون الأملاك في يد ملاكها، وكينونتها في يد غير المالك أمر عارض[3].

والمراد بكون اليد دليلا على الملك إنما هو إذا ادعى مَن بيده العينُ الملكَ مع عدم وجود بينة تخالف ما ادعاه، وليس المراد أن كل مَن كان بيده

---

(١) الملكية في الشريعة الإسلامية للدكتور العبادي ١/ ١٢٨.

(٢) تصرفات الأمين في العقود المالية للحجيلاني ١/ ٣٥.

(٣) انظر: طرق الإثبات الشرعية أحمد إبراهيم بك ص ١٦٦.

شيء فإنه يكون مالكا له؛ إذ قد يكون بيده عن إجارة أو عارية أو وديعة أو غير ذلك من أمور لا تفيد الملك، أو يكون الشيء المدَّعَى بيده لكن كان لدى الخصم بينة توجب ردّ دعوى الملكية؛ «لأن اليد أضعف من البينة بدليل أن اليد لا يقضى بها إلا باليمين ويقضى بالبينة من غير يمين»[(١)]، ولأن ثبوت الملك باليد إنما هو بطريق الظاهر، و«الظاهر حجة في دفع الاستحقاق لا في إثباته»[(٢)]، فلا تلازم بين اليد والملك، ومن هنا قالوا: «اليد توجب إثبات التصرف لا إثبات الملك» وقالوا: «لا يثبت حق بيد «وقالوا: «الملك أقوى من اليد».

ولقوة دلالة اليد على الملك فإن كثيرا من الفقهاء أجازوا الشهادة بالملك اعتمادا عليها فقالوا: إن كان في يد رجل دار أو عقار يتصرف فيها تصرف الملاَّك بالسكنى والإعارة والإجارة والعمارة والهدم والبناء، من غير منازع فإنه يجوز أن يشهد له بملكها[(٣)].

ووضع اليد يكون في كل شيء بحسبه ويختلف ذلك باختلاف ما توضع اليد عليه؛ ففي العقار يحصل مثلاً بأن يسكن الدار أو أن يحدث أبنية فيها، وفي الغاب بأن يقطع الأشجار منها أو ينتفع منها بوجه من الوجوه، وفي المرعى بقطع الحشائش وحفظها وبيعها أو رعي الحيوانات فيها وما أشبه ذلك من التصرفات، وأما وضع اليد على المنقول فيكون بكل ما يدل على حيازة الشخص له، كركوب الدواب وحلب الماشية وامتهان العروض[(٤)].

---

(١) الذخيرة للقرافي ١٠/١٩٥.

(٢) المبسوط للسرخسي ١٧/٥٠.

(٣) وهو قول الحنفية وأحد الوجهين عند الشافعية واختاره الإصطخري منهم، وقول ابن حامد من الحنابلة، انظر: تبيين الحقائق ٤/٢١٦، حاشية ابن عابدين ٣/٢٥٧، المغني لابن قدامة ١٠/١٤٢، ١٤٣، المهذب للشيرازي ٣/٤٥٦، المنثور للزركشي ٣/٣٧٠.

(٤) انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية ٤٣/٣٠٥.

والقاعدة أحد أبرز وجوه العمل بالقاعدة الشهيرة «الحكم ينبني على الظاهر ما لم يتبين خلافه» إذ الظاهر أن صاحب اليد هو المالك للشيء.

وهي منصوص عليها في كل مذهب كما يتضح ذلك بمراجعة مصادر ورودها والفروع المخرجة عليها، ومجالها هو الملكية وما يتعلق بها من مسائل.

أدلة القاعدة:

١- قوله تعالى: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ﴾ [النساء: ٣] فقد عبرت الآية الكريمة عن المملوكات بملك اليمين، وفي هذا دلالة على أن اليد دليل الملك[١].

٢- عن وائل بن حجر رضي الله عنه قال: جاء رجل من حضرموت ورجل من كندة إلى النبي ﷺ، فقال الحضرمي: يا رسول الله، إن هذا قد غلبني على أرض لي كانت لأبي، فقال الكندي: هي أرضي في يدي أزرعها ليس له فيها حق، فقال رسول الله ﷺ للحضرمي: «ألك بينة؟» قال: لا، قال: «فلك يمينه»، قال: يا رسول الله، إن الرجل فاجر لا يبالي على ما حلف عليه، وليس يتورع من شيء، فقال: «ليس لك منه إلا ذلك»[٢].

فقد قضى النبي ﷺ بالأرض لمن هي في يده مما يدل بوضوح على صحة القاعدة، قال الخطابي رحمه الله: «وفي قول الكندي: (هي أرضي في يدي أزرعها) دليل على أن اليد تثبت على الأرض بالزراعة وعلى الدار بالسكنى وبعقد الإجارة عليهما وبما أشبههما من وجوه

(١) انظر: النوادر والزيادات لابن أبي زيد ٩/٥.
(٢) رواه مسلم في صحيحه ١/١٢٣ (١٣٩).

التصرف والتدبير»[١]، وذكر النووي رحمه الله ضمن فوائد هذا الحديث: «أن صاحب اليد أولى من أجنبي يدعي عليه»[٢].

٣- عن جابر بن عبد الله أن رجلين تداعيا دابةً وأقام كل واحد منهما البينة أنها دابته نتجها فقضى بها رسول الله ﷺ للذي في يديه[٣].

وجه الاستدلال أن النبي ﷺ قضى بالملك للذي في يده فدل ذلك على أن اليد دليل الملك؛ قال البغوي رحمه الله تعالى: «والعمل على هذا عند أهل العلم؛ قالوا: إذا تداعا رجلان دابة أو شيئًا وهو في يد أحدهما فهو لصاحب اليد، ويحلف عليه، إلا أن يقيم الآخر بينة، فيحكم له به، فلو أقام كل واحد منهما بينة ترجح بينة ذي اليد»[٤].

٤- قاعدة «الحكم ينبني على الظاهر ما لم يتبين خلافه»[٥] وأدلتها.

تطبيقات القاعدة:

١- الأصل أن ما في أيدي الناس ملك لهم فلا يُسألون عن بينة زائدة على الحيازة، فكل تصرف يوردونه عليه يكون صحيحا كما لو عرضوه للبيع أو الإجارة أو أعاروا منه شيئًا أو وهبوه أو تصدقوا به، فإن ذلك يقع صحيحا لانبنائه على الملك الثابت بوضع اليد؛ للقاعدة.

٢- إذا اختُلف في دارٍ في يد أحدهما، فأقام المدعي بينة أن هذه الدار كانت أمس ملكه أو منذ شهر لم تسمع الدعوى؛ لأن الدعوى لا تسمع ما لم يدع المدعي الملك في الحال، فلا تسمع بينة على ما لم

---

(١) معالم السنن للخطابي ٤/ ٤٤.
(٢) شرح النووي على صحيح مسلم ٢/ ١٦٢، وانظر: المبدع لابن مفلح ٨/ ٢٥٠.
(٣) رواه البيهقي في الكبرى١٠/ ٢٥٦ (٢١٢٢٣)، وفي المعرفة ٧/ ٤٥٩ (٥٩٨٤).
(٤) شرح السنة للإمام البغوي ١٠/ ١٠٧، وانظر: الأم ٦/ ٢٣٧.
(٥) انظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

يدعه، لكن إن انضم إلى شهادتهما بيان سبب يد الثاني، وتعريف تعديها فقالا: نشهد أنها كانت ملكه أمس، فقبضها هذا منه، أو سرقها، أو ضلت منه فالتقطها هذا ونحو ذلك، سمعت، وقضي بها؛ لأنها إذا لم تبين السبب فاليد دليل الملك، ولا تنافي بين ما شهدت به البينة، وبين دلالة اليد لجواز أن تكون ملكه أمس، ثم تنتقل إلى صاحب اليد[1].

٣- لو أن رجلاً ملك شيئًا بميراث أو بيع أو هبة أو سبب من الأسباب ثم أخبره مسلم ثقة أن هذا لفلان بن فلان الفلاني غصبه منه البائع أو الواهب أو الميت فليس عليه أن يجتنبه بل هو في سعة؛ لأن اليد دليل الملك، وإن كان الأفضل أن يتنزه عنه للريبة الحاصلة بخبر العدل[2].

٤- إذا حاز شخص أرضًا لسنين طويلة، يتصرف فيه تصرف الملاك بالحرث والبناء وما شابه ذلك، وشخص آخر حاضر يراه ويشاهد أفعاله فيها طول هذه المدة، ومع ذلك لا يعارضه فيها، ولا مانع يمنعه من ذلك، وفجأة يريد أن يقيم بينة على أن تلك الأرض ملكه، فإن دعواه غير مسموعة، فضلاً عن بينته، وتبقى الدار في يد حائزها[3]؛ عملاً بالقاعدة.

٥- من رأى شيئًا في يد إنسان يتصرف فيه مدة طويلة بإجارة وإعارة وما شابه ذلك، فتصح الشهادة بأنه ملكه؛ لأن تصرفه فيه على هذا الوجه بلا منازع دليل صحة الملك[4].

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة ١٠/٢٧٠.
(٢) انظر: فتاوى قاضيخان ٣/٢٥٥.
(٣) أبحاث هيئة كبار العلماء ٧/٢٦٥.
(٤) انظر: هذا الفرع في المغني لابن قدامة ١٠/١٤٢، ١٤٣، حاشية ابن عابدين ٣/٢٥٧، النوادر والزيادات ٩/٥، المنثور للزركشي ٣/٣٧٠.

٦- إذا كانت الوديعة دابة فأصابها شيء فأمر المودع رجلاً ليعالجها فعالجها فعطبت في ذلك فصاحب الدابة بالخيار يضمن أيهما شاء، فإن ضمن المودع لا يرجع المودع على الذي عالجها بأمره، وإن ضمن الذي عالجها إن كان المأمور علم وقت المعالجة أن الدابة لغير الذي في يديه وعلم أن صاحب الدابة لم يأمر المودع بذلك لا يرجع، وإن لم يعلم أنها لغيره أو ظن أنها له كان له أن يرجع على المودع، لأنها كانت في يد المودع، واليد دليل الملك من حيث الظاهر[١].

٧- من كان يتصرف في دار بسكناه فيها، ثم جاءه من يدعي أنها له فهي للمتصرف فيها، لأن التصرف يدل على اليد كما هو الظاهر، فلا يلتفت إلى مدعيها إلا إذا جاء بحجة أقوى من حجة التصرف واليد[٢].

٨- من اصطاد صيدا فوجد عليه أثرا يدل على أنه كان في يد إنسان تصرف فيه كأن قص جناحيه، فهذا دليل على أن هذا الطائر غير مباح صيده، لأن الأثر دليل على التصرف، والتصرف يدل على اليد[٣].

د. عبد اللطيف العلمي

* * *

---

(١) مجمع الضمانات لأبي محمد غانم بن محمد البغدادي ص ٧٤.

(٢) انظر: عون المعبود ٩/٥٢.

(٣) انظر: جواهر الكلام ٣٨/١٩٩.

المجموعة الثالثة: القواعد الفقهية الوسطى

الزمرة الثانية: قواعد في الملك

ثانيًا: قواعد أحكام الملك.



رقم القاعدة: ٨٢٦

نص القاعدة: لِلإِنْسَانِ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي مِلْكِهِ كَيْفَمَا شَاء[١].

ومعها :

الإنسان لا يجبر على إصلاح ملكه.

صيغ أخرى للقاعدة :

١- للمالك أن يتصرف في ملكه أي تصرف شاء[٢].

٢- كلٌّ يتصرف في ملكه كيفما شاء[٣].

٣- للإنسان أن يتصرف في ملك نفسه بما يبدو له[٤].

٤- الإنسان له حق التصرف في ملكه كيفما يشاء[٥].

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١/ ٩٤.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ٦/ ٢٦٤ ووردت بلفظ "المالك يتصرف في ملكه كيف شاء" الشرح الكبير لابن قدامة ٥/ ٢١٠، المبدع شرح المقنع لابن مفلح ٤/ ٤٢٠، وبلفظ " للمالك أن يتصرف في ملكه بما شاء وإن أضر بالغير" بغية المسترشدين ١/ ١٤٣، وبلفظ "للمالك أن يتصرف في ملكه بما أراد" حاشية الدسوقي ٤/ ٣٧٧ وبلفظ "للمالك أن يتصرف في ملكه كيف يشاء" العناية شرح الهداية للبابرتي ١٠/ ٤٤٢.

(٣) مجلة الأحكام العدلية - المادة (١١٩٢).

(٤) المبسوط للسرخسي ١٥/ ٢١.

(٥) درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١/ ١٣٦.

٥- لكل أحد أن يتصرف في ملكه بالمعروف ولا يتقيد بسلامة العاقبة(١).

٦- للإنسان أن يتصرف في ملكه على العادة(٢).

٧- الأصل إباحة تصرف الإنسان في ماله كيف شاء(٣).

قواعد ذات علاقة:

١- لا ضرر ولا ضرار(٤). (قيد للقاعدة).

٢- للمالك أن يتصرف في ملكه كيف يشاء ما لم يستلزم ذلك التصرف محرما مما ورد الشرع بتحريمه(٥). (قيد للقاعدة).

٣- للإنسان أن يتصرف في ملكه ما شاء من التصرفات ما لم يضرَّ بغيره ضررا ظاهرا(٦). (قيد للقاعدة).

٤- تعلق حق المعين بالمال يمنع التصرف فيه(٧). (قيد للقاعدة).

٥- لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك غيره بلا إذن أو إباحة من الشرع(٨). (مكملة للقاعدة).

---

(١) أسنى المطالب في شرح روض الطالب لزكريا الأنصاري ٤/٧٢.

(٢) حاشية البجيرمي على الخطيب ٥/١٩١، حواشي الشرواني على تحفة المحتاج بشرح المنهاج ٩/٣٢٢ ووردت بلفظ "كل واحد يتصرف في ملكه على العادة كيف شاء" القواعد الفقهية عند الإمامية ص ١٣٦.

(٣) المغني لابن قدامة ٦/٥٤.

(٤) مجلة الأحكام العدلية – المادة (١٩) وهي نص حديث شريف رواه مالك في الموطأ والبيهقي في السنن الكبرى وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٥) الروضة الندية شرح الدرر البهية لصديق حسن خان ٢/١٤٢.

(٦) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ٤/١٩٦، ومثلها ما جاء في مجلة الأحكام العدلية: المادة (١١٩٧) بلفظ: "لا يُمنع أحد من التصرف في ملكه ما لم يكن فيه ضرر فاحش للغير".

(٧) التجريد للقدوري ٨/٤٠٥٣ وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٨) انظر: مجلة الأحكام العدلية م/٩٦، القواعد الفقهية للندوي ص ١٥٨ وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذنه".

٦- كل ذي حق أولى بحقه أبدا[١]. (مكملة للقاعدة).

٧- المالك لا يُجبر على إصلاح ملكه[٢]. (أخص عن القاعدة).

شرح القاعدة :

الملك لغة بفتح الميم وكسرها وضمها: هو احتواءُ الشيء والقدرة على الاستبداد به والتصرف بانفراد[٣].

واصطلاحًا: عرفه ابن الشاط من المالكية فقال: «الملك هو تمكن الإنسان شرعا بنفسه أو بنيابة من الانتفاع بالعين أو بالمنفعة ومن أخذ العوض، أو تمكنه من الانتفاع خاصة»[٤].

ومعنى القاعدة: أن من ملك شيئًا فله أن يتصرف فيه أي تصرف شاء من التصرفات الجائزة والمشروعة، كبيعه أو هبته أو وقفه أو نحو ذلك، ولا يجوز لغيره منعه أو إجباره على شيء من التصرفات.

والقاعدة بإطلاقها محل خلاف بين الفقهاء.

فيرى أبو حنيفة، وأكثر المتقدمين من الحنفية[٥]، وهو القول الراجح عند الشافعية[٦]، وقول الظاهرية[٧]، أن المالك له التصرف في ملكه أي تصرف شاء

---

(١) انظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٢) تحفة الفقهاء للسمرقندي ٢/٣٥١، بدائع الصنائع للكاساني ٩/٤٣٦، عمدة الناظر شرح الأشباه والنظائر ٢/٦٤١، ويأتي الكلام عنها مفصلا في تطبيقات القاعدة

(٣) انظر: لسان العرب- مادة ملك.

(٤) إدرار الشروق على أنواء الفروق بهامش الفروق ٣/٢٠٩.

(٥) انظر: المبسوط للسرخسي ٧/٩٣، بدائع الصنائع ٦/٢٦٤، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٢/١٦٥، مجمع الضمانات لغياث الدين البغدادي ١/٣٥٧.

(٦) انظر: الأم للشافعي ٣/٢٥٥، أسنى المطالب في شرح روض الطالب لزكريا الأنصاري ٤/٧٢، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج للخطيب الشربيني ٣/٥٠٠، حواشي الشرواني على تحفة المحتاج بشرح المنهاج٩/٣٢٢، حاشية البجيرمي على الخطيب٥/١٩١، بغية المسترشدين١/١٤٣.

(٧) انظر: المحلى لابن حزم ٨/٢٤١.

سواء كان تصرفا يتعدى ضرره إلى غيره أو لا يتعدى، ولا يُمنع من التصرف في ملكه ولو تضرر غيره، ولا يلزمه الضمان وإن تعدى ضرر تصرفه إلى ملك غيره، طالما كان تصرفه على الوجه المعتاد؛ لأن معنى الملك عندهم هو حرية التصرف، فتقييد هذه الحرية نقض لأصل الملكية، فلا يُدفع الضرر عن غير المالك بضرر المالك؛ لأن حرية تصرفه في ملكه تستند إلى حق، وتقييد حريته يلحق به ضررا، ولا يجب عليه تحمل الضرر لدفع الضرر عن غيره، والضرر لا يُزال بمثله[(١)]. وعلى ذلك فللمالك أن يبني، ويهدم في ملكه ما يشاء من نوافذ، أو جدران، وله أن يؤجر بناءه لمن يشاء، وإن كان يتأذى به جاره، وليس لجاره أن يمنعه، ولو تصرف المالك في ملكه تصرفا أدى إلى أن يوهن بناء جاره مثلاً أو سقوط حائطه، فلا يضمن؛ لأنه لم يتعد على ملك الغير[(٢)] وهو قول الزيدية[(٣)] والإباضية[(٤)] والجعفرية[(٥)].

فحق الملكية عندهم حق مطلق، ويتقيد هذا الحق عند وجود عارض من تعلق حق الآخرين به، فإذا تعلق حق الغير به يُمنع المالك من تصرفه على وجه الاستقلال فمن كان يسكن في الطابق العلوي مثلاً وأراد أن يبني في ملكه بناء أو يهدم جدارا، وفعله هذا يؤثر في ملك من يسكن في الطابق السفلي، فإنه يُمنع من هذا التصرف إلا بإذن الجار؛ لأن الأصل في تصرفات المالك في ملكه التي يتعلق بها حق الغير هو المنع والحظر؛ لأن ملكه في هذه الحالة ليس خالصا،

---

(١) انظر: مغني المحتاج ٣/٥٠٠، نهاية المحتاج للرملي ٥/٣٣٧، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقــه الإسلامي لفتحي الدريني ص١٣٠، نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي لحسين حامد حسان ١/٤٢٢.

(٢) انظر: بدائع الصنائع: ٦/٢٦٤، القواعد الفقهية عند الإمامية ص ١٣٦.

(٣) انظر: التـــاج المذهب في أحكام المذهب ٤/٣٥٩، البحر الزخار للمرتضى ٥/١٨، شرح الأزهار ٢/٤٣١.

(٤) انظر: الروض النضير للسياغي ٤/٩٠، ٩١.

(٥) انظر: القواعد الفقهية عند الإمامية ص ١٣٦، القواعد الفقهية للشيرازي ١/١٠٣، ٢/٣٠، مئة قاعدة فقهية للمصطفوي ص٥٢، منية الطالب في حاشية المكاسب ص ٢٢٤.

فلا يباح له إلا ما يُتيقن فيه عدم الضرر، ويتوقف ما عداه على إذن صاحب الحق ورضاه[١].

وقول أبي حنيفة رحمه الله ومن وافقه بإطلاق حرية التصرف في الملك إنما هو في الجانب القضائي، أما ديانةً وخُلقا ومروءة فإنه يجب على المالك ألا يتخذ من حق الملكية ذريعة إلى الإضرار بغيره[٢].

ويرى المتأخرون من الحنفية، وهو قول محمد بن الحسن وأبي يوسف من المتقدمين وهو المفتَى به عند الحنفية، أنه «لا يُمنع أحد من التصرف في ملكه ما لم يكن فيه ضرر فاحش للغير»[٣]. أما إذا كان في تصرفه ضرر فاحش بالغير فإن المالك يُمنع من التصرف في ملكه قضاء أما إذا لم يكن الضرر فاحشا فلا يمنع سواء كان تصرفه غير مضر مطلقا أو كان مضرا ضررا غير فاحش. والضرر الفاحش كما ذكرت مجلة الأحكام العدلية «هو كل ما يمنع الحوائج الأصلية يعني المنفعة الأصلية المقصودة من البناء كالسكنى، أو يضر بالبناء أي يجلب له وهنا ويكون سبب انهدامه»[٤].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ١٩١/٦، فتح القدير للكمال بن الهمام ٣٢٢/٧، مجلة الأحكام العدلية- المادة (١١٩٢)، درر الحكام: ٢١٥/٣، شرح مجلة الأحكام العدلية للأتاسي ١٣٢/٤، حقوق الإنسان في الإسلام النظرية العامة لجمال الدين عطية ص٧٧.

(٢) انظر: نظرية التعسف في استعمال الحق ص١٣٠.

(٣) مجلة الأحكام العدلية - المادة (١١٩٧) وانظر المادة (١١٩٢).

(٤) مجلة الأحكام العدلية – المادة (١١٩٩) قال الشيخ أحمد الزرقا في شرح القواعد الفقهية ص ١٠٣: "ولم أر من أفصح عن ضابط كلي يميز الضرر الفاحش من غير الفاحش، وتطبق عليه الفروع المذكورة وأمثالها، وإنما بينت المجلة الضرر الفاحش في المادة ١١٩٩بأنه كل ما يمنع الحوائج الأصلية المقصودة من البناء كالسكنى، أو يضر بالبناء ويوهنه، لكن هذا كما ترى غير مفيد في تمييز الفاحش من غيره الفائدة المطلوبة، لأن الحوائج الأصلية كلمة مجملة تتنازع فيها الأفهام وتتخالف في تحديدها، على أن موضوع مادة المجلة المذكورة في الضرر الذي يريد الإنسان إحداثه مجددا بإزاء جاره، لا في تقسيم الضرر القديم الذي نتكلم الآن فيه، وفرق بينهما فالذي يظهر من إجالة النظر في الفروع المتقدمة وتعاليلها والوجوه التي بها اختلفت أحكامها أن يقال: الضابط لذلك هو=

فحق المالك عندهم مقيد بالتصرف في ملكه قضاء بما يمنع الأضرار الفاحشة عن جاره وقد ذهبوا إلى ذلك استحسانا، وعللوا ذلك بالمصلحة، لتغير تصرفات الناس، وعدم مراعاتهم لقواعد الأخلاق والديانة[١] وقد عبّر عن ذلك الزيلعي بقوله: «ولو أراد بناء تنور في داره للخبز الدائم كما يكون في الدكاكين أو رحى للطحن أو مدقات للقصارين لم يجز؛ لأن ذلك يضر بالجيران ضررًا ظاهرًا فاحشًا لا يمكن التحرز عنه والقياس أن يجوز؛ لأنه تصرف في ملكه وترك ذلك استحسانا لأجل المصلحة»[٢].

وذهب المالكية[٣]، والحنابلة[٤]، وبعض الشافعية[٥]، إلى أن المالك له أن يتصرف في ملكه بما شاء من التصرفات بشرط ألا يضر غيره، قال المرداوي -رحمه الله: «الصحيح من المذهب: أن الجار يمنع من التصرف في ملكه بما يضر بجاره، كحفر كنيف إلى جنب حائط جاره، وبناء حمام إلى جنب داره يتأذى بذلك، ونصب تنور يتأذى باستدامة دخانه، وعمل دكان قصارة، أو حدادة، يتأذى بكثرة دقه، أو رحى، أو حفر بئر ينقطع به ماء بئر جاره، ونحو ذلك»[٦]. فحق الملكية عندهم ليس حقًا مطلقًا، وإنما هو مقيد بعدم إلحاق

= "أن كل ما يمكن أن يستحق على الغير بوجه من الوجوه الشرعية فهو ليس بضرر فاحش، فتجب حينئذ مراعاة قدمه إذا كان قديما، وما لا يمكن أن يستحق على الغير بوجه شرعي فهو ضرر فاحش، ويرفع مهما كان قديما".

(١) انظر: درر الحكام ٣/٢٢١.

(٢) تبيين الحقائق ٤/١٩٦.

(٣) انظر: المدونة للإمام مالك ٤/٤٧٤، المنتقى شرح الموطأ للباجي ٦/٤٠، القوانين الفقهية لابن جزي ص٣٤١.

(٤) انظر: المغني لابن قدامة ٤/٣٣٨، الإنصاف للمرداوي ٥/٢٦٠، المبدع شرح المقنع لابن مفلح ٤/٤٢٠، الاختيارات الفقهية لابن تيمية ١/٤٧٨، جامع العلوم والحكم لابن رجب الحنبلي ص ٣٠٦-٣٠٧.

(٥) انظر: نهاية المحتاج ٥/٣٢٧.

(٦) الإنصاف ٥/٢٦٠.

الضرر بالغير، فإذا ترتب على استعمال صاحب الملك إحداث ضرر بالغير، كان مسؤولاً ولزمه الضمان وإلحاق الضرر بالغير عندهم نوعان:

١- استعمال الحق بقصد الإضرار: وذلك بأن لا يكون في تصرفه في ملكه غرض سوى الإضرار بالغير، وفي هذه الحالة فلا إشكال في منع القصد إلى الإضرار من حيث هو إضرار؛ لثبوت الدليل على أن «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام»(١).

٢- أن يكون له غرض صحيح فيتصرف في ملكه بما فيه مصلحة له فيتعدى ذلك إلى ضرر غيره، فإن كان تصرفه على غير الوجه المعتاد، كمن يشعل في أرضه نارا في يوم عاصف فتحترق أرض جاره، فإنه يكون بذلك متعديا وعليه الضمان وإذا كان تصرفا معتادا كأن يبني في ملكه بناء يمنع الشمس عن جاره فإنه يُمنع منه(٢).

والمشهور عند المالكية أن الشخص لا يُمنع إذا أراد أن يعلي بنيانًا يمنع جاره الضوء والشمس، ويُمنع إذا أراد أن يبني بنيانا يمنع الهواء واتفقوا على منع أنواع من الضرر المحدث، مثل: فتح كوة أو طاقة يكشف منها على جاره، فيؤمر بسدها أو سترها، وأن يبني شخص في داره فرنًا أو حمامًا أو كير حداد، أو صائغ، مما يضر بجاره، فيمنع منه إلا إن احتال في إزالة الضرر وأن يصرف ماءه على دار جاره أو على سقفه، أو يجري في داره ماء، فيضر بحيطان جاره ومن طرق تجنب الضرر: كاتم الصوت وعازل الحرارة، وصفاية الدخان(٣).

---

(١) الموافقات للشاطبي ٥٥/٣.

(٢) انظر: جامع العلوم والحكم ص ٣٠٦.

(٣) انظر: البيان والتحصيل لابن رشد ٣٩٩/٩-٤٠٠، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني ٤٦٧/٢، القوانين الفقهية ص٣٤١.

فالقاعدة ليست على إطلاقها إذًا، ويمكن أن تُستخلص لها قيودٌ مشتركة بين أصحاب الرأيين، منها:

١- ألا يؤدي التصرف في الملك إلى الإضرار بالغير ضررًا فاحشًا، وهذا ما نصت عليه بعض قواعد العلاقة، مثل «لا يمنع أحد من التصرف في ملكه ما لم يكن فيه ضرر فاحش للغير»[١]. و«للإنسان أن يتصرف في ملكه ما شاء من التصرفات ما لم يضر بغيره ضررا ظاهرا»[٢].

٢- ألا يتعلق بملكه حقّ الغير وهو ما نصت عليه المادة (١١٩٢) من مجلة الأحكام العدلية، وهي: «كل يتصرف في ملكه كيفما شاء، لكن إذا تعلق حق الغير به فيمنع المالك من تصرفه على وجه الاستقلال» وقاعدة «تعلق حق المعين بالمال يمنع التصرف فيه»[٣].

٣- ألا يستلزم التصرف في الملك محرَّمًا مما ورد الشرع بتحريمه، كما تعبر عن ذلك صيغة «للمالك أن يتصرف في ملكه كيف يشاء ما لم يستلزم ذلك التصرف محرما مما ورد الشرع بتحريمه»[٤] فلا يجوز للإنسان أن يتصرف في ملكه إلا على حسب ما شرعه الله تعالى، فلا يجوز لأحد -مثلا- أن يتلف ماله أو يحرقه.

٤- ألا يكون المالك محجورا عليه شرعا لصغر أو جنون، أو كان مريضا مرض الموت.

وقد حاول بعض الباحثين المعاصرين التوفيق بين كلا الرأيين في القاعدة بناء على هذه القيود، فقال: «إن المالك يتصرف في ملكه كما يشاء وكما يريد

(١) مجلة الأحكام العدلية - المادة (١١٩٧).
(٢) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ٤/١٩٦.
(٣) التجريد للقدوري ٨/٤٠٥٣.
(٤) الروضة الندية شرح الدرر البهية لصديق حسن خان ٢/١٤٢.

في الإطار الذي حددته شريعة الإسلام، وبغير تعسف في استعمال حق الملكية»[١].

ومما يجب التنبه له أن ملك الإنسان لجسمه ليس ملكا تاما، وليس له أن يتصرف فيه كما يشاء، بل ملكيته له كملكية الانتفاع بما وهبه الله تعالى الانتفاع به فلا يجوز للإنسان إتلاف عضو من جسمه أو تعريضه للتلف، وكذلك لا يجوز له بيع أعضاء جسمه في حياته أو يوصي بذلك بعد وفاته؛ لأن ملك الإنسان لجسمه ملكية انتفاع بما وهبه الله تعالى الانتفاع وليس ملكا تاما، فليس له أن يتصرف فيه كما يشاء[٢].

أدلة القاعدة[٣] :

استدل القائلون بإطلاق حرية التصرف في الملك بما يلي :

١- ما روي عن حبان بن أبي جبلة، عن النبي ﷺ أنه قال: «كل أحد أحق بماله من والده وولده والناس أجمعين»[٤]. ووجه الدلالة: أن النبي ﷺ جعل لصاحب المال حق التصرف به كما يشاء دون أن ينازعه أحد.

٢- ما جاء من قول النبي ﷺ «لا ضرر ولا ضرار»[٥]. ووجه الدلالة: أنه

---

(١) انظر: حقوق الإنسان في الإسلام النظرية العامة لجمال الدين عطية ص٧٧، ٧٨، ٧٩، مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد الرابع – موضوع بدل الخُلُوِّ.

(٢) انظر: موضوع "انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حيا أو ميتا" في مجلة مجمع الفقه الإسلامي- العدد الرابع.

(٣) وقد ناقش كل فريق أدلة الفريق الآخر، وردوا على الاعتراضات الواردة على أدلتهم بما لا يتسع المقام لذكره هنا.

(٤) رواه الدارقطني ٥/٤٢٢ (٤٥٦٨)، والبيهقي في السنن الكبرى ٧/٧٩٠ (١٥٧٥٣)، ١٠/٥٣٩ (٢١٦١٨)، وفي السنن الصغير ٣/١٩٢ (٢٩٠٠).

(٥) رواه أحمد في مسنده ٥/٥٥ (٢٨٦٥) وابن ماجه في سننه ٢/٧٨٤ (٢٣٤١) والطبراني في الكبير=

«لا ضرر أعظم من أن يُمنع المرء من التصرف في مال نفسه مراعاة لنفع غيره، فهذا هو الضرر حقا»[١]. فلا يُدفع الضرر عن غير المالك بضرر المالك؛ لأن حرية تصرفه في ملكه تستند إلى حق، وتقييد حريته يلحق به ضررا، ولا يجب عليه تحمل الضرر لدفع الضرر عن غيره؛ لأن الضرر لا يزال بمثله[٢].

٣- دليل عقلي: وهو أن معنى الملك عندهم هو حرية التصرف، فتقييد هذه الحرية نقض لأصل الملكية[٣].

٤- الأدلة الكثيرة على صحة بيع الإنسان ملكه أو هبته أو وقفه أو الوصية به.

واستدل القائلون بتقييد حرية التصرف بعدم الضرر بما يلي:

١- حديث «لا ضرر ولا ضرار»[٤]. والحديث صريح الدلالة على أن المالك إذا تصرف تصرفا يضر جاره فإنه يمنع منه[٥].

٢- عن سمرة بن جندب أنه كانت له عضد من نخل في حائط رجل من الأنصار قال ومع الرجل أهله قال فكان سمرة يدخل إلى نخله فيتأذى به ويشق عليه فطلب إليه أن يبيعه فأبى فطلب إليه أن يناقله فأبى فأتى

= ٢٢٨/١١ (١١٥٧٦) من حديث ابن عباس رضي الله عنه، ورواه الحاكم في المستدرك ٦٦/٢ (٢٣٤٥)، والدارقطني في سننه ٥١/٤ (٣٠٧٩) والبيهقي في سننه ١١٤/٦ (١١٣٨٤) من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه، وقال الحاكم: صحيح الإسناد ولم يخرجاه ووافقه الذهبي وقد روي من حديث غيرهما من الصحابة انظر: نصب الراية ٣٨٤/٤.

(١) المحلى لابن حزم ٢٤١/٨.

(٢) انظر: نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي لفتحي الدريني ص١٣٠.

(٣) انظر: نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ص١٣٠.

(٤) سبق تخريجه.

(٥) انظر: جامع العلوم والحكم ص ٣٠٦.

النبي ﷺ فذكر ذلك له فطلب إليه النبي ﷺ أن يبيعه فأبى فطلب إليه أن يناقله فأبى، قال: «فهبه له ولك كذا وكذا» أمرا رغبه فيه، فأبى فقال: «أنت مضار» فقال رسول الله ﷺ للأنصاري: «اذهب فاقلع نخله»[١]. ووجه الدلالة: أن سمرة رضي الله عنه تمسك بما يخوله حق الملكية من حرية التصرف، وكان في ذلك ضرر على الأنصاري، فلما عرض النبي ﷺ حلولا لرفع الضرر ورفضها سمرة قضى النبي ﷺ بإزالة ملك سمرة رفعا للضرر وقد جعل الإمام أحمد بن حنبل هذا الحديث أصلا عاما يقاس عليه من الوقائع فما كان في معناه، فقال بعد ذكره الحديث: «كل ما كان على هذه الجهة وفيه ضرر يمنع منه وإلا أجبره السلطان، ولا يضر بأخيه إذا كان مرفقا له»[٢].

٣- عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «لا يمنع أحدكم جاره أن يغرس خشبه في جداره»[٣]. ووجه الدلالة: أن النبي ﷺ نهى المالك أن يمنع انتفاع جاره بملكه، وفي ذلك تقييد لحرية التصرف في الملك[٤].

تطبيقات القاعدة:

أولاً- تطبيقات هي أحكام جزئية:

١- للإنسان أن يبني في ملكه مصبغة أو مستودعًا للكيماويات، أو ورشة للدّق والطّرق، وليس لأحد منعه طالما لا يضر بأحد، فإن تضرر أحد من الجيران فللإمام والمسؤولين منعه من ذلك دفعًا للضرّر عن

---

(١) رواه أبو داود ٤/٢٣٤ (٣٦٣١)، والبيهقي في السنن الكبرى ٦/١٥٧.

(٢) انظر: الفروع لابن مفلح ٦/٤٥١، نظرية التعسف ص١٥٣.

(٣) أخرجه البخاري ٣/١٣٢ (٢٤٦٣)، ومسلم ٣/١٢٣٠ (١٦٠٩).

(٤) انظر: فتح الباري ٥/١١٠-١١١، شرح النووي على مسلم ٥/٤٨٨.

الجيران[١]؛ لأن للإنسان أن يتصرف في ملكه ما شاء من التصرفات ما لم يضر بغيره ضررا ظاهرا.

٢- إذا كان لرجل علو بيت ولآخر سفله فلكل منهما أن يحدث في ملكه ما يشاء من التصرفات التي لا تضر بالآخر ضررا فاحشا، فإن تصرف أحدهما تصرفا يضر بملك الآخر يمنع منه لا يمنع أحد من التصرف في ملكه ما لم يكن فيه ضرر فاحش للغير[٢].

٣- إذا كان لرجل أرض زراعية فسقاها حسب العادة فطفت المياه على أراضي جيرانه فأحدثت ضررا فيها فلا ضمان عليه، أما لو كان الإسقاء على خلاف العادة فيكون ضامنا؛ لأن لكل من الملاك أن يتصرف في ملكه على العادة، فإن تعدى ضمن[٣].

٤- عند القائلين بإطلاق تصرف المالك في ملكه: يجوز للشخص أن يتخذ داره المحفوفة بمساكن طاحونة أو حماما أو مدبغة أو إصطبلا أو فرنا، إذا احتاط وأحكم الجدران إحكاما يليق بما يقصده؛ لأنه يتصرف في خالص ملكه[٤] وعند المقيدين: ليس للمالك أن يبني في ملكه حماما بين الدور، أو يفتح خبازا بين العطارين[٥]؛ لأن تصرفه في ملكه مقيد بألا يضر بغيره.

٥- عند الشافعية: يجوز للمالك فتح كوات وشبابيك في ملكه ولو لغير الاستضاءة؛ لأنه تصرف في ملكه[٦].

---

(١) انظر: موسوعة القواعد الفقهية للبورنو ٧٩٨/٨.
(٢) انظر: مجلة الأحكام العدلية المادة (١١٩٧).
(٣) انظر: الفتاوى الفقهية الكبرى للهيتمي ٥٨/٣.
(٤) انظر: مغني المحتاج ٣٦٤/٢.
(٥) انظر: تبيين الحقائق ١٩٦/٤، المغني لابن قدامة ٣٨٨/٤.
(٦) انظر: مغني المحتاج ١٨٦/٢ -١٨٧ وقيد بعضهم جواز فتح الكوات بما إذا كانت عالية لا يقع النظر منها إلى دار جاره انظر: السابق، الموسوعة الكويتية ٤٦/٢٥.

٦- للمالك أن يحفر في أرضه المزروعة بئرا لسقيها، لأن للإنسان أن يتصرف في ملكه بما شاء وليس له حفر بئر في أرضه ليسحب ماء بئر جاره، ويجب منعه وردم بئره؛ لأن تصرفه في ملكه مقيد بعدم الإضرار بغيره.

ثانيًا : تطبيقات هي قواعد متفرعة :

٨٢٧ - نص القاعدة: الإِنْسَانُ لا يُجْبَرُ عَلَى إِصْلاحِ مِلْكِهِ[(١)].

ومن صيغها :

١- لا يجبر أحد على إصلاح ملكه ولا ملك غيره[(٢)].

٢- لا يجوز إجبار أحد على إصلاح ملكه[(٣)].

٣- لا يجبر أحد على إصلاح ملكه[(٤)].

٤- المالك لا يجبر على إصلاح ملكه[(٥)].

٥- الشخص لا يجبر على إصلاح ملكه[(٦)].

---

(١) المبسوط للسرخسي ٢٦١/١٥، البحر الرائق لابن نجيم ٣٣/٧، ٣٤، الفتاوى الهندية ٤٥٥/٤، درر الحكام ٣٣٥/٣.

(٢) الفتاوى الخيرية لنفع البرية لخير الدين الرملي ٨٩/٢.

(٣) درر الحكام ٣٤٢/٣.

(٤) درر الحكام ٢٣٤/٣، ٣٤١.

(٥) تحفة الفقهاء للسمرقندي ٣٥١/٢، بدائع الصنائع للكاساني ٢٠٨/٤، غمز عيون البصائر ١٣٧/٣، عمدة الناظر شرح الأشباه والنظائر ٦٤١/٢، الجوهرة النيرة للعبادي ٢٧٣/١.

(٦) شرح مختصر خليل للخرشي ٥٢/٧.

شرح القاعدة :

معنى القاعدة : أن كل من ملك شيئًا فله ولاية التصرف في ملكه بمطلق اختياره، دون أن يكون لأحد عليه حق الإجبار على التصرف أو حق المنع من التصرف فمن كان له بيت فانهدم فلا يجوز لأحد إجباره على إصلاحه أو بيعه[١].

والقاعدة لا خلاف فيها بين الفقهاء إذا لم يكن هناك ضرر على غير المالك، أما إذا وقع ضرر على غيره فهناك خلاف في بعض الصور.

ففي الشركة: عند الحنابلة والزيدية وهو القول الآخر للحنفية والمالكية[٢]: إذا كان الشريكان في عين مال أو منفعة محتاجَيْن إلى رفع مضرة أو إبقاء منفعة أُجبر أحدهما على موافقة الآخر فإذا اشتركا في ملك أرض مثلا، فانهدم الجدار الذي بينهما، فأراد أحد الشريكين أن يبنيه وامتنع الآخر، فإنه يجبر على إصلاحه وعند الشافعية وهو قول للحنفية والمالكية: لا يُجبر على إصلاحه[٣].

وفي عقد الإجارة: يرى جمهور الفقهاء أن الصيانة الضرورية لحفظ العين ولتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة تقع على المؤْجِر، لكنه لا يجبر على ذلك، لأن الإنسان لا يجبر على إصلاح ملكه[٤].

---

(١) انظر: المادة (١١٩٧) من مجلة الأحكام العدلية، درر الحكام:

(٢) انظر: المغني ٤٥/٧-٤٦، مطالب أولي النهى ٣٦٢/٣، القواعد لابن رجب ص ١٤٨، التاج المذهب في أحكـــام المذهـب ٢٩٧/٢، الفتاوى الهندية ١٠٠/٤، شرح مختصر خليل للخرشي ٥٨/٦، ١٩٤.

(٣) انظر: فتاوى قاضيخان ١٠٨/٣، مواهب الجليل للحطاب ١٥٠/٥، روضة الطالبين ٢٠٣/١١، مغني المحتاج ١٩٠/٢

(٤) انظر: حاشية ابن عابدين ٤٩/٥، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٥٤/٤، حاشية القليوبي وعميرة على شرح المحلى على المنهاج ٧٨/٣، كشاف القناع ٢١/٤ وفي هذه الحال للمستأجر الحق في فسخ العقد بشرط أن يكون هذا قد وُجد بعد العقد، أو كان موجوداً ولم يعلم به، أما إذا كان قديمًا وعلم به أو حادثًا فأصلحه فوراً فليس له حق الفسخ انظر المراجع السابقة.

ومن تطبيقاتها :

١- إذا انهدمت حجرة من الدار المؤجرة لا يجبر المؤجر على إصلاحها؛ لأن المالك لا يجبر على إصلاح ملكه[١].

٢- لو كان لأحد دار فانهدمت ولم يكن في تركها أي ضرر لجيرانه فليس للجيران إجباره على بنائها؛ لأن المالك لا يجبر على إصلاح ملكه[٢].

٣- إذا امتنع الراهن عن الإنفاق على العين المرهونة التي حدث بها ضرر فإنه لا يجبر على الإنفاق لإصلاحها؛ لأن الإنسان لا يجبر على الإنفاق على ملكه[٣].

٤- إذا أصيب شخص بمرض معد فإنه يجبر على التداوي؛ لأن الإنسان يجبر على إصلاح ملكه إذا كان فيه ضرر ظاهر بالغير.

٥- في عقد الرهن: إذا امتنع الراهن عن الإنفاق على العين المرهونة فحدث بها ضرر فإنه لا يجبر على الإنفاق لإصلاحها؛ لأن الإنسان لا يجبر على الإنفاق على ملكه، ولكن لما تعلق حق المرتهن بماليتها وحبس عينها ولا يمكن ذلك بدون الإنفاق عليها لتبقى عينها، فإن الحاكم يأذن للمرتهن بالإنفاق عليها ليكون ما ينفقه دينا على الراهن[٤].

---

(١) انظر: غمز عيون البصائر ٣/١٣٧، درر الحكام ١/٥٩٧.

(٢) انظر: نظام الاحتساب للسنامي ص ١٩٨.

(٣) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقا ١/١٩٤ وللقاضي أن يأذن للمرتهن بالإنفاق عليها ليكون ما ينفقه دينا على الراهن، لتعلق حق المرتهن بماليتها وحبس عينها ولا يمكن ذلك بدون الإنفاق عليها لتبقى عينها.

(٤) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقا ١/١٩٤.

٦- إذا انهدم حائط في بيت فلا يجبر مالكه على إصلاحه وتجديده؛ لأنه لا يجبر الإنسان على بناء أو تجديد ملكه لكن إذا كان فيه ضرر للغير فإنه يجبر[1].

فتحي السروية

* * *

(١) درر الحكام ٣/٢١٤، الذخيرة للقرافي ٦/١٨١.

رقم القاعدة: ٨٢٨

نص القاعدة: لا يَجُوزُ لأَحَدٍ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي مِلْكِ الغَيْرِ بِلا إِذْنِهِ[١].

صيغ أخرى للقاعدة :

١- التصرف في ملك الغير حرام[٢].

٢- لا يجوز التصرف في مال غيره بغير إذنه ولا ولاية[٣].

٣- التصرف في ملك الغير بغير إذنه محظور في الأصل[٤].

---

(١) مجلة الأحكام العدلية م/٩٦، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/٨٥)، مجامع الحقائق ص٣٧٠، نظرية الضمان لوهبة الزحيلي ١/٢٠٨ ووردت بألفاظ قريبة، منها:
- "لا يجوز التصرف في ملك الغير إلا بإذنه» الفصول في الأصول للجصاص ٣/٢٥٠، الفقيه والمتفقه للخطيب البغدادي ٣/٢٥٠.
- "لا يجوز التصرف في ملك الغير بغير إذنه" بدائع الصنائع للكاساني ٢/٢٣٤.
- "التصرف في ملك الغير بغير إذنه لا يجوز" غمز عيون البصائر للحموي ١/٢٢٤.

(٢) منحة الخالق على البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن عابدين ٥/١٨٠، المحيط البرهاني في الفقه النعماني لابن مازة ٥/٣٩٨، درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٣/٢٠، ٤٠ والمراد التصرف بغير إذنه، كما في الأمثلة التي ذكرت في تلك المصادر.

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢٤٣ ووردت بلفظ "لا يجوز التصرف في مال غيره بلا إذنه ولا ولايته" الدر المختار للحصكفي مع حاشية ابن عابدين ٦/٢٠٠، وبلفظ "لا يجوز التصرف في مال غيره بغير إذن ولا ولاية "التحقيق الباهر لهبة الله أفندي ٢/٥٦٤ (مخطوط).

(٤) بدائع الصنائع للكاساني ٧/٢٢.

٤- التصرف في ملك الغير لا يثبت إلا بإباحة المالك[١].

٥- مال الغير لا يجوز إثبات اليد عليه إلا بإذنه كما لا يجوز تناوله إلا بإذنه[٢].

٦- لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذن ولا ولاية ولا ضرورة[٣].

٧- لا يصح التصرف في ملك الغير إلا بولاية شرعية، أو نيابة عرفية[٤].

قواعد ذات علاقة :

١- الأصل في الأموال العصمة[٥]. (أصل وتعليل للقاعدة).

٢- التصرف في حق الغير بغير إذنه حرام سواء أضر به أو لا[٦]. (أعم).

٣- لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي[٧]. (أخص).

٤- لا يجوز التصرف في المشترك بغير إذن سائر الشركاء[٨]. (أخص).

٥- الأصل حرمة الانتفاع بمال الغير بغير إذنه[٩]. (أخص).

---

(١) كشف الأسرار عن أصول البزدوي لعلاء الدين البخاري ٣/٩٥.

(٢) تبيين الحقائق للزيلعي ٤/٣٠٢، ٤/٣-٢١٠.

(٣) نظرية الضمان لوهبة الزحيلي ص ٢٠٨.

(٤) القواعد الفقهية في المغني للإدريسي ص ٤٤٧.

(٥) الذخيرة للقرافي ٦/٣٢٧ وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٦) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني ٦/٢٦٥.

(٧) مجلة الأحكام العدلية المادة ٩٧ وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٨) مجلة الأحكام الشرعية لأحمد القاري ص ٥٠٦، تنقيح الفتاوى الحامدية ١/٤٨ وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٩) البناية شرح الهداية للعيني ٧/٣٤٢ وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

٦- التصرف للحاجة يجوز في مال الغير[١]. (استثناء).

٧- لا توضع الأيدي على مال معصوم إلا لضرورة أو حاجة عامة[٢]. (استثناء للقاعدة).

٨- المباح له لا يملك أن يبيح لغيره[٣]. (أخص).

شرح القاعدة:

المراد بالتصرف في القاعدة: التصرف الفعلي، والقولي[٤].

والملك: هو ما يملكه الإنسان سواء أكان أعيانا أم منافع، بحيث يمكنه التصرف فيه على وجه الاختصاص[٥].

والمقصود بملك الغير في القاعدة: الملك الخاص والملك المشترك[٦].

والمراد بـ «الغير» في القاعدة: كل من عصم الشرع ملكه، فيشمل المسلم، والذمي، والمعاهَد، والمستأمن.

والمراد بالإذن الوارد في القاعدة: إذن الشارع وإذن المالك.

والمعنى الإجمالي للقاعدة: لا يحل لأحد أن يتصرف في ملك الغير سواء كان الملك خاصًا أو مشتركًا بلا إذنه سابقًا أو إجازته لاحقا[٧].

---

(١) التجريد للقدوري ٣٨٥٩/٨، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.
(٢) القواعد الصغرى للعز بن عبد السلام ٩٢/١.
(٣) المبسوط للسرخسي ١٣٣/١١، إحكام الأحكام لابن حزم ٣٢٠/٣ وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "المباح له لا يملك الإباحة".
(٤) انظر: السابق.
(٥) انظر: درر الحكام شرح غرر الأحكام ١٥٨/١.
(٦) انظر: شرح القواعد لأحمد الزرقا ص ٤٦١.
(٧) انظر: شرح القواعد للزرقا ص ٤٦١.

وعدم الجواز شامل هنا لجميع أنواع التصرف وكل ما يجريه المتصرف من العقود تمليكا بعوض أو بغيره فليس لأحد أن يدخل دار الآخر مثلاً بدون إذنه؛ لأنه بدخوله يكون قد استعملها، كذلك ليس لأحد ركوب السيارة المشتركة أو حمل المتاع عليها مثلاً بدون إذن الشريك الآخر، فإذا ركبها أو حمل عليها وتلفت ضمن حصة الشريك[١].

والإذن نوعان:

١- إذن الشارع، كتوكيل القاضي الأولياء والأوصياء إذا كان صاحب المال صبيا أو سفيها وما شابه ذلك، ولا يعد ذلك استثناء من القاعدة؛ لأن إذنهم من جهة الشارع ومستند إلى ولاية فللولي والوصي حق التصرف بلا إذن الشخص الذي هو تحت ولايته أو وصايته؛ لأن تصرفهما نافذ[٢].

٢- إذن المالك الرشيد بالوكالة[٣].

والإذن يكون صراحة كتوكيل إنسان شخصا آخر أن يبيع له مالا أو يؤجر له عقارا مثلا، ويكون دلالة كذبح الراعي شاة مريضة لغيره لا ترجى حياتها، فلا يضمن في هذه الحالة[٤].

والتصرف في ملك الغير نوعان:

١- تصرف فعلي، ويكون بالأخذ والاستهلاك والإعطاء أو نحو ذلك، فإن تقدمه إذن سابق يحل ويصح لأن الإذن السابق توكيل، وإن

---

(١) انظر: درر الحكام لعلي حيدر ١/٨٥.

(٢) انظر: درر الحكام ١/٨٦.

(٣) انظر: القواعد والضوابط الفقهية في المغني لسمير بن عبد العزيز آل عبد العظيم ص ١٢٦.

(٤) انظر: المدخل الفقهي العام ٢/١٠٤٠، درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١/٨٥.

كان بغير إذن يعتبر تعديًا، وفاعله ضامن لأنه في حكم الغاصب، فإذا أجازه المالك أصبح مأذونا ومثل إذن المالك إذن من له حق الإذن من ولي أو وصي أو وكيل أو متولٍ أو حاكم[١].

٢- تصرف قولي بطريق التعاقد، كبيع ملك الغير أو هبته أو رهنه أو إجارته أو إعارته أو إيداعه أو غير ذلك، فإن أعقبه من المتصرف تسليم أصبح تصرفًا فعليًا وأخذ حكم الغصب، وإن بقي في حيز القول ولم يعقبه تسليم كان فضولا، وتوقف على إجازة المالك[٢] وقد ذهب الحنفية[٣] والمالكية[٤] والجعفرية[٥] وأحمد في إحدى الروايتين عنه[٦] والهادوية من الزيدية[٧] والشافعي في القديم وهو أحد قوليه في الجديد، وهو قول بعض الشافعية[٨] وقواه النووي في الروضة إلى أن بيع الفضولي صحيح إلا أنه موقوف على إجازة المالك، فإن أجازه صح وإن لم يجزه بطل، واستدلوا بما رواه

---

(١) انظر: القواعد الفقهية لمحمد الزحيلي ص ٥٠٤، شرح القواعد للزرقا ص٤٦١-٤٦٢.

(٢) انظر: شرح القواعد الفقهية ص ٤٦٢، الوجيز في إيضاح قواعد الفقة الكلية ص ٣٩١، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة ١/٥٥٢.

(٣) انظر: المبسوط ١٣/١٥٣-١٥٤، بدائع الصنائع ٥/١٤٧، ١٤٩ العناية شرح الهداية ٧/٥٠-٥٤، فتح القدير ٧/٥٠-٥٥.

(٤) انظر: شرح ميارة ٢/٨-٩، أسهل المدارك ٢/٢٧٣، أحكام القرآن لابن العربي ٢/٢٩٩ وشروط صحته عندهم: ألا يكون المالك حاضرا مجلس البيع لكنه حاضر في البلد أو غائب عنه غيبة قريبة، وأن يكون البيع في غير الصرف وفي غير الوقف.

(٥) انظر: الروضة البهية للعاملي ٤/٦٥، ٣٤١.

(٦) انظر: الإنصاف ٣/١٩٩، المغني ٤/١٧٠، القواعد لابن رجب ص٤١٧-٤١٨ وقيدها ابن رجب بأن تدعو الحاجة إلى التصرف، ويتعذر استئذان المالك.

(٧) انظر: نيل الأوطار ٥/٣٢١، البحر الزخار ٤/٣٢٩، التاج المذهب ٢/٥٤.

(٨) انظر: المجموع للنووي ٩/٢٥٩-٢٦٠، شرح الوجيز للرافعي ٨/١٢٢، الأشباه والنظائر للسيوطي ص٢٨٤، مغني المحتاج ٢/٣٥٠-٣٥١.

عروة البارقي أن رسول الله ﷺ أعطاه دينارًا ليشتري به شاة فاشترى له شاتين فباع إحداهما بدينار وأتاه بشاة ودينار، فدعا له رسول الله ﷺ في بيعه بالبركة[١]. فقد باع الشاة الثانية من غير إذن النبي ﷺ ثم إنه أجازه[٢] وفي حالة إجازة المالك تصرف الفضولي فلا شيء على المتصرف؛ إذ لا ضرر على المالك من هذه التصرفات القولية المحضة ما دام الخيار له في قبولها أو رفضها[٣] وذهب الإباضية إلى صحة بيع الفضولي إن شرط رضا المالك[٤] وذهب أحمد في الرواية الثانية[٥] والشافعي في الجديد وهو قول أكثر الشافعية[٦] إلى أن البيع باطل، وهو الصحيح عندهم؛ لما روي أن النبي ﷺ قال لحكيم بن حزام: «لا تبع ما ليس عندك»[٧].

ومما سبق يظهر أنه في حالة التصرف الفعلي دون إذن المالك يكون المراد بعدم الجواز في القاعدة هو المنع الموجب للضمان، وأما في حالة التصرف القولي فمعناه عدم النفاذ[٨].

وإذا تصرف الشخص ثم ادعى أن تصرفه كان بالإذن وأنكر المالك فالقول للمالك، إلا في الزوج إذا كان قد تصرف في مال زوجته حال حياتها ثم اختلف

---

(١) رواه البخاري في صحيحه ٢٠٧/٤(٣٦٤٢).

(٢) انظر: شرح الوجيز ١٢٢/٨.

(٣) انظر: المدخل الفقهي ١٠٤١.

(٤) انظر: شرح النيل وشفاء العليل ٢٣٢/٨-٢٣٣.

(٥) انظر: الإنصاف ١٩٩/٣، المغني ١٧٠/٤.

(٦) انظر: المجموع ٢٥٩/٩ -٢٦٠، شرح الوجيز ١٢١/٨، مغني المحتاج ٣٥٠/٢-٣٥١.

(٧) رواه أحمد ٣١/٢٤ (١٥٣١٥)، وأبو داود ١٨١/٤-١٨٢ (٣٤٩٧)، والترمذي ٥٣٤/٣-٥٣٧ (١٢٣٢) (١٢٣٣)، والنسائي ٢٨٩/٧ (٤٦١٣)، وابن ماجه ٧٣٧/٢ (٢١٨٧) من حديث حكيم بن حزام رضي الله عنه، وقال الترمذي: حديث حسن.

(٨) انظر: المدخل الفقهي العام ١٠٤١/٢، الوجيز في إيضاح قواعد الفقة الكلية ص ٣٩١.

مع ورثتها بعد موتها فادعى أنه كان بإذنها وأنكر الورثة، فالقول قول الزوج[١].

وهذه القاعدة مطلقة وليست مقيدة بكون التصرف في ملك الغير ضاراً أو يؤدي إلى الضرر، فالتصرف في ملك الغير حرام سواء أضر بصاحب الملك أم لم يضر وهو ما عبر عنه الكاساني -رحمه الله- بقوله: «التصرف في حق الغير بغير إذنه حرام سواء أضر به أو لا»[٢]. وقوله «حرمة التصرف في حق الغير لا تقف على المضرة»[٣].

وتستثنى من القاعدة مواضع الضرورة والحاجة، وهو ما عبرت عنه قاعدة «التصرف للحاجة يجوز في مال الغير»[٤]. وقاعدة «لا توضع الأيدي على مال معصوم إلا لضرورة أو حاجة عامة»[٥].

وهي من القواعد التي اتفق الفقهاء على اعتبارها ولم يخالف أحد منهم في أصلها، وهي تبين اهتمام الشريعة بالأملاك المعصومة وحمايتها من الاعتداء عليها.

ومجال العمل بالقاعدة واسع فيشمل جميع أنواع التصرف من استعمال أو إعارة أو إيداع أو إجارة أو صلح أو هبة أو بيع أو رهن أو هدم أو بناء، وكل العقود سواء كانت تمليكا بعوض أو بغيره[٦].

---

(١) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٤٦٣، القواعد الفقهية لمحمد الزحيلي ص ٥٠٤.
(٢) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني ٦/٢٦٥.
(٣) بدائع الصنائع ٦/٢٦٦.
(٤) التجريد للقدوري ٨/٣٨٥٩ وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.
(٥) القواعد الصغرى للعز بن عبد السلام ١/٩٢.
(٦) انظر: الوجيز في إيضاح قواعد الفقة الكلية لمحمد صدقي البورنو ص٣٩٠.

أدلة القاعدة:

١- قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [سورة النساء: ٢٩] ووجه الاستدلال أن التصرف في مال الرشيد بغير إذنه بالبيع وغيره ليس تجارة عن تراض، فهو من أكل أموال الناس بالباطل[(١)].

٢- قوله ﷺ: «كل المسلم على المسلم حرام، دمه، وماله، وعرضه»[(٢)]. وقوله: «إن دماءكم، وأموالكم، وأعراضكم، بينكم حرام»[(٣)]. ففي الحديثين: بيان عصمة مال المسلم، والتصرف في ماله بغير إذنه فيه تعد على هذه العصمة[(٤)].

٣- ما روي من قول النبي ﷺ «لا يحل مال امرئ إلا بطيب نفس منه»[(٥)]. ووجه الدلالة ما سبق.

٤- عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما: أن رسول الله ﷺ قال: «لا يحلبن أحد ماشية امرئ بغير إذنه، أيحب أحدكم أن تؤتى مشربته، فتكسر خزانته، فينتقل طعامه، فإنما تخزن لهم ضروع مواشيهم أطعمتهم، فلا يحلبن أحد ماشية أحد إلا بإذنه»[(٦)]. قال الإمام النووي

---

(١) انظر: القواعد والضوابط الفقهية في المغني ص١٢٧.

(٢) رواه مسلم ٤/١٩٨٦ (٢٥٦٤) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٣) رواه البخاري ١/٢٤ (٦٧) وفي مواضع أخر، ومسلم ٣/١٣٠٥-١٣٠٦ (١٦٧٩) من حديث أبي بكرة الثقفي رضي الله عنه.

(٤) انظر: سبل السلام للصنعاني ٢/٦٧٣.

(٥) رواه أحمد ٣٤/٢٩٩ (٢٠٦٩٥)، والدارمي ٣/١٦٤٩ (٢٥٧٦) من حديث أبي حرة الرقاشي عن عمه رضي الله عنه وهو جزء من حديث أوله "كنت آخذا بزمام ناقة رسول الله ﷺ في أوسط أيام التشريق". ورواه الدارقطني ٣/٤٢٤ (٢٨٨٥) من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه مرفوعًا بنحوه.

(٦) رواه البخاري ٣/١٢٦ (٢٤٣٥)، ومسلم ٣/١٣٥٢ (١٧٢٦).

رحمه الله: «وفي الحديث فوائد منها: تحريم أخذ مال الإنسان بغير إذنه، والأكل منه، والتصرف فيه، وأنه لا فرق بين اللبن وغيره»[١]. ويفهم من كلامه -رحمه الله- أنه يقاس على حلب اللبن بغير إذن سائر التصرفات، فلا تجوز بغير إذن المالك.

٥- حديث عبد الله بن السائب بن يزيد، عن أبيه، عن جده قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يأخذ أحدكم عصا أخيه لاعبا أو جادا، فمن أخذ عصا أخيه فليردها إليه»[٢]. فقد نهى النبي ﷺ عن أخذ مال الغير بلا إذنه حتى في حالة المزاح

٦- الإجماع على كثير من فروع القاعدة، ومن ذلك:

الإجماع على أنه لا يجوز أخذ شيء من مال المسلم أو الذمي بغير إذنه قال الإمام ابن بطال -رحمه الله: «أجمع العلماء أنه لا يجوز كسر قفل مسلم ولا ذمي، ولا أخذ شيء من ماله بغير إذنه»[٣].

والإجماع على حرمة أخذ المال بغير حق وأن فاعل ذلك فاسق قال القرطبي رحمه الله: «اتفق أهل السنة على أن من أخذ ما وقع عليه اسم مال قل أو كثر أنه يفسق بذلك، وأنه محرم عليه أخذه»[٤].

والإجماع على عدم جواز الأكل من الفاكهة الرطبة في بستان محوط إلا بإذن مالكه قال ابن هبيرة رحمه الله: «فأما إن كان عليه حائط - أي البستان- فإنه لا يجوز له الأكل إجماعا إلا بإذن مالكه»[٥].

---

(١) شرح النووي على مسلم ١٢/٢٩.

(٢) رواه أحمد ٢٩/٤٦٠ (١٧٩٤٠) وفي مواضع أخر، وأبو داود ٤/٣٠١(٥٠٠٣)، والترمذي ٤/٤٦٢ (٢١٦٠) وقال: حديث حسن غريب.

(٣) شرح صحيح البخاري لابن بطال ٦/٥٥٨.

(٤) تفسير القرطبي ٢/٣٤٠.

(٥) اختلاف الأئمة العلماء لابن هبيرة ٢/٣٥٩.

تطبيقات القاعدة :

١- لو قيد المعير العارية بوقت معين أو منفعة معينة لشخص معين فلا يجوز للمستعير أن يجاوز ما سماه من وقت أو منفعة لأن التصرف في ملك الغير لا يجوز إلا على الوجه الذي أذن فيه من تقييد أو إطلاق[١].

٢- لو كان للابن مال في يد أجنبي فأنفق منه الأجنبي على والديه بغير إذن القاضي ضمن[٢]؛ لأنه تصرف في ملك الغير بغير إذن ولا ولاية.

٣- لو أعطى عامل في شركة سيارة شركته المأذون له في استعمالها لآخر تسبب في حادثة سير ألحق فيها الخسائر بالسيارة فإن هذا العامل يكون مسؤولا وتكاليف إصلاح السيارة عليه بخلاف لو تسبب هو بالحادثة بغير تقصير منه[٣]؛ لأن إعطاء السيارة لغيره تصرف منه في ملك غيره بلا إذن، وهو لا يجوز.

٤- لا يجوز دخول مزرعة الغير أو أرضه المسيجة ولا الأكل منها، ولا إجابة دعوة من سكن في أرض مغصوبة إلا بإذن من المالك[٤]؛ لأن التصرف في ملك الغير بلا إذنه لا يجوز.

٥- لا يجوز لأحد أن يسقي أرضه من بئر الغير أو قناته أو حوضه إلا بإذنه[٥].

---

(١) انظر: البناية للعيني ٩/٢٠١٢.

(٢) انظر: الهداية ٢/٢٣٤.

(٣) انظر: القواعد الفقهية من خلال كتاب الهداية للمرغيناني لعثمان كوزلج ص٢٤٤.

(٤) انظر: القواعد والضوابط لابن المبرد ١/٣٢٥، اختلاف الأئمة العلماء ٢/٣٥٩، درر الحكام لعلي حيدر ١/٩٦.

(٥) انظر: الفتاوى الهندية ٥/٣٩١.

٦- ليس لأحد أن يُحدِث مرْجا في ملك غيره، ولا يتخذ فيه نهرا ولا بئرا ولا مزرعة، إلا بإذن صاحبه[١].

٧- إذا أجر أحد الشريكين الحاضر كل الدار المشتركة أو قسما منها بدون أن تكون لديه وكالة سابقة من شريكه الغائب أو إجازة لاحقة، أو أسكن أحدا فيها فهذا غير جائز لأن التصرف في ملك الغير بغير إذنه حرام[٢].

٨- لا يجوز للأم بيع مال ولدها الصغير لنفقتها لأنه لا ولاية لها في التصرف في ماله[٣].

٩- للمضارب التصرف في المال بإذن صاحبه كالوكيل، فإذا مات المالك بطل الإذن ولا يجوز له التصرف إلا بإذن الورثة[٤].

١٠- ليس للمرتهن بيع المرهون أو رهنه لآخر بلا إذن الراهن[٥].

فتحي السروية

* * *

---

(١) انظر: الخراج لأبي يوسف ص١١٦.
(٢) انظر: درر الحكام لعلي حيدر ٣/٤٣.
(٣) انظر: القواعد والضوابط لابن المبرد ١/ ٣٣٤.
(٤) انظر: حاشية الشلبي ٥/٥٤٢.
(٥) انظر: درر الحكام ٣/٢٠٢.



رقم القاعدة: ٨٢٩

نص القاعدة: مَنْ لا يَمْلِكُ تَصَرُّفًا لا يَمْلِكُ الإِذْنَ فِيه[١].

صيغ أخرى للقاعدة :

الإذن إنما يصح إذا كان الآذن يملك ذلك[٢].

قواعد ذات علاقة :

١- ما حرم أخذه حرم إعطاؤه[٣]. (مكملة للقاعدة).

٢- من ملك التنجيز ملك التعليق ومن لا فلا[٤]. (مكملة للقاعدة).

٣- لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذنه[٥]. (مكملة للقاعدة).

٤- الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل[٦]. (أخصّ).

---

(١) قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام ٢/١٥٦، الأشباه والنظائر لابن السبكي٢/١٥٦ ووردت بلفظ "من لا يملك التصرف " المنثور في القواعد للزركشي ٣/٢١١.

(٢) حاشية الشلبي على تبيين الحقائق ٧/٣٣٥.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ص٥٠، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص١٣٢، مجلة الأحكام العدلية – المادة رقم (٣٤) وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطي ص٣٧٨، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٥) مجلة الأحكام العدلية: م/٩٦، مجامع الحقائق للخادمي ص٣٧٠، نظرية الضمان لوهبة الزحيلي ١/٢٠٨، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٦) فتح القدير للكمال بن الهمام ٨/٤، مجلة الأحكام العدلية: م/٩٥.

٥- الأصل أن منِ امتنعت عليه المباشرة تمتنع عليه الاستنابة[١]. (أخص).

٦- الإذن إنما يصح ممن له المنع[٢]. (تعليل).

٧- من لا يجوز تصرفه لا يجوز توكيله ولا وكالته[٣]. (أخص)

٨- الأصل عند الشافعي أن ما لا يملك أن يشتري بنفسه لا يملك أن يأمر غيره به[٤]. (أخص).

شرح القاعدة:

من معاني الإذن في اللغة: إطلاق الفعل والإباحة والإجازة[٥].

واصطلاحا: إباحة التصرف للشخص فيما كان ممنوعا منه شرعا لحق غيره[٦].

والإذن للغير له صور عدة، فمنها:

١- الإذن بالتصرف في الملك، كما في الوكالة والوصاية والمضاربة وغيرها.

٢- الإذن بانتقال الملك إلى الغير، كما في البيع والهبة والوصية والوقف وغيرها.

---

(١) التمهيد للإسنوي ٢٤٤/١.

(٢) البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم ٣٤١/٤، حاشية ابن عابدين ٧٥٩/٣.

(٣) الأشباه والنظائر لابن الوكيل ٣٣٦/٢، الأشباه والنظائر لابن السبكي ٣٢٥/١ وانظر ضابط: "من صح تصرفه في شيء صح توكيله وتوكّله فيه" في قسم الضوابط الفقهية.

(٤) المبسوط للسرخسي ٧٧/١٣ وقد عزاها للشافعي -رحمه الله.

(٥) انظر: لسان العرب لابن منظور ١٠/١٣ – مادة (أ ذ ن)، المصباح المنير للفيومي ١١٣/١.

(٦) انظر: معجم لغة الفقهاء لمحمد رواس قلعجي ص٥٢، موسوعة الفقه الإسلامي الصادرة عن المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية ٢٢٢/٤، أحكام إذن الإنسان لمحمد علي ٣٧/١.

٣- الإذن بالاستهلاك، بأن يأذن المالك باستهلاك ما هو مملوك له من رقبة العين حيث يأذن لغيره بتناولها وأخذها وذلك كالطعام الذي يقدم في الولائم والضيافات[١].

٤- الإذن بالانتفاع: وهذا يختلف حسب كون الآذن مالكا للعين ملكية تامة أو مالكا لمنفعتها، والإذن بالانتفاع قد يكون بدون عوض كما في العارية، وقد يكون بعوض كما في الإجارة[٢].

ومعنى القاعدة: أن الشخص الذي لا يجوز له أن يتصرف في حق أو ملك لا يملك الإذن لغيره في التصرف فيه؛ لأن من ليست له ولاية على الشيء لا يملك التصرف فيه، وفاقد الشيء لا يعطيه، وانعدام الأصل يترتب عليه انعدام فروعه فالإذن في التصرف مبني على ملك التصرف.

والقاعدة خاصة بالركن الأول من أركان الإذن[٣]، وهو الآذن الذي يصدر منه الإذن وعدم جواز التصرف له أسباب، منها:

١- أن يكون التصرف المراد فعله ممنوعا شرعا، فالمحرمات التي لا يجوز ارتكابها لا يجوز لأحد الإذن فيها فعقد الربا مثلاً محرم لا يجوز فعله، وكذلك لا يملك أحد الإذن به للغير سواء أكان المأذون له مسلمًا أم كافرًا.

---

(١) انظر: حاشية ابن عابدين ٣/٣٢٤، الشرح الصغير للدردير ٢/٢٠٦، قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام ٢/٧٣، ٧٤، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٣/٨٩.

(٢) انظر: الهداية للمرغيناني٤/٢٥٢، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/٤٣٧، ٤/٤١، ٧٢، ٨٨، المغني لابن قدامة ٥/٣٦١.

(٣) أركان الإذن أربعة: الآذن، والمأذون له، والمأذون فيه أو محل الإذن، وصيغة الإذن انظر أحكام إذن الإنسان ١/٣٩ – ٤٠.

٢- أن يكون الملك المراد التصرف فيه مملوكا لغيره، والقاعدة المتفق عليها عند الفقهاء أنه «لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذنه»[١]. وكما أنه لا يملك التصرف بنفسه في ملك غيره فإنه لا يملك كذلك الإذن لغيره بالتصرف فيما لا يملك.

٣- أن يكون الحق أو الملك ثابتا له لكن لا يستطيع التصرف فيه لنقص في أهليته، بأن يكون صغيرا أو سفيها أو مجنونا أو محجورا عليه فمثل هؤلاء لا يملكون التصرف، وبناء على ذلك لا يملكون الإذن فيه لغيرهم فالمجنون مثلاً لا يستطيع التصرف بنفسه في ملكه، وكذلك لا يستطيع الإذن لغيره بالتصرف فيه سواء بالبيع أو الهبة أو التوكيل أو غيرها من التصرفات[٢]، ولا تشترط الأهلية في جميع صور الإذن؛ فالصبي المميز يصح إذنه في التصرفات النافعة له نفعًا محضا، ولا يصح إذنه في التصرفات الضارة به والصبي غير المميز يصح إذنه في بعض التصرفات المباحة كالإذن في دخول الدار[٣].

وهذه القاعدة اتفق عامة الفقهاء على اعتبارها والعمل بها مع وقوع الخلاف بينهم في بعض فروعها، وهو خلاف لا يؤثر على حجيتها واعتبارها؛ لأنه من باب تحقيق المناط في تلك الفروع والجزئيات لا في أصل القاعدة.

ومن ذلك: مسألة توكيل المسلم الذمي في شراء المحرم كالخمر

---

(١) مجلة الأحكام العدلية: م/٩٦ وانظر: شرح التجريد في فقه الزيدية لأحمد بن الحسين الهاروني ٢٧/٤ الناشر مركز البحوث والتراث اليمني، مختلف الشيعة للحلي ٥٥/٥.

(٢) انظر: الأشباه والنظائر لابن الوكيل ٣٣٦/٢، الأشباه والنظائر لابن الملقن ص ٧٣٦، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٧٣٦، المهذب للشيرازي ٣٤٩/١، المغني لابن قدامة ٢٠٢/٥، ٢٤٣، شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ٢٢٧/٢، تذكرة الفقهاء للحلي ١١٧/٢، القواعد الفقهية عند الإمامية ٦٥١/١.

(٣) انظر: منهاج الطالبين للنووي ص٦٤.

والخنزير، فعند جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة ومحمد بن الحسن وأبي يوسف من الحنفية، والظاهرية: لا يجوز ذلك؛ لأن الأصل أن من امتنعت عليه المباشرة بنفسه تمتنع عليه الاستنابة، والمسلم لا يملك التصرف في الخمر أو الخنزير بالبيع أو الشراء أو غيرهما، فلا يملك الإذن لغيره بالوكالة أو غيرها وعند أبي حنيفة: يجوز[١].

وللقاعدة بعض الاستثناءات، منها: أن المرأة لا تعقد النكاح لنفسها ولا تملك ذلك، لكن يجوز أن توكل رجلاً ليزوجها إذا أذن الولي في ذلك[٢].

ومنها عند الشافعية: أن الأعمى لا يملك البيع والإجارة على العين ويملك الإذن فيهما[٣].

ومجال العمل بالقاعدة واسع جدا؛ إذ يشمل العبادات، والمعاملات، وأحكام الأسرة، والحدود، والجنايات، والقضاء، والوصايا، والآداب، وغيرها.

أدلة القاعدة:

يمكن الاستدلال لهذه القاعدة بما يلي:

١- قاعدة «إذا سقط الأصل سقط الفرع» لأن الإذن بالتصرف فرع عن ملك التصرف، وإذا سقط ملك التصرف سقط الإذن فيه.

٢- دليل عقلي: وهو الإذن في التصرف ينبني على ملك التصرف، فإذا كان لا يملك التصرف فلا يملك الإذن بطريق أولى؛ لأن فاقد الشيء لا يعطيه.

---

(١) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٢٥٤/٤، عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٦٧٨/٢، مغني المحتاج للشربيني ١١/٢، ص ٢١٧ - ٢١٨، الإنصاف للمرداوي ٤٣٤/٣، المحلى لابن حزم ٩/٩.

(٢) انظر: قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ١٥٦/٢، المنثور للزركشي ٢١١/٣.

(٣) انظر: قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ١٥٦/٢.

تطبيقات القاعدة :

١- المحجور الممنوع من التصرف في ملكه، كالصبي والسفيه، لا يصح إذنه لغيره بالبيع أو الشراء، أو الهبة أو الهدية أو الإباحة أو الإعارة[١]؛ لأن من لا يملك تصرفا لا يملك الإذن فيه.

٢- المحرِم لا يملك النكاح، ولا يجوز له أن يزوج أولياءه أو توكيل غيره في زواجه[٢]؛ لأن من لا يملك التصرف لا يملك الإذن فيه.

٣- لا يجوز لولي اليتيم الإذن له في التصرفات التي تؤدي إلى ضرر محض به، كالهبة والوقف والقرض[٣]؛ لأن الولي لا يملك هذه التصرفات، فلا يملك الإذن بها.

٤- ليس للأب السفيه أن يوصي على ولده أو يأذن لغيره في الولاية عليه وإنما ينظر له الحاكم لأن الأب السفيه لا يملك التصرف على ولده بنفسه فلا يملك الإذن في ذلك[٤].

٥- المجنون لا يملك التصرف في ملكه، فلا يصح إذنه لغيره[٥]؛ لأن من لا يملك التصرف لا يملك الإذن.

٦- لا يجوز الإذن من غير ولي الأمر في تملك المباحات من الصيد

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص٧٣٦، المهذب في فقة الإمام الشافعي للشيرازي ١/٣٤٩، ٢/١٨٨، المغني لابن قدامة ٥/٢٠٢، ٢٤٣، شرح النيل وشفاء العليل لاطفيش ٢/٢٢٧، القواعد الفقهية عند الإمامية ١/٦٥١.

(٢) انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/٢٣٩، الحاوي الكبير للماوردي ١١/٤٥٩ المغني لابن قدامة ٣/٣١٨.

(٣) انظر: الدر المختار للحصكفي ٣/٢٣٠، الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي ٢/٣٦٥، مغني المحتاج للشربيني ٣/٢٧٩.

(٤) انظر: شرح مختصر خليل للخرشي ٥/٢٩٧.

(٥) انظر: المهذب للشيرازي ١/٣٦٣.

والحشيش وإحياء الموات ونحوه[١]؛ لأن الآذن لا يملكها، فلا يملك الإذن فيها.

٧- الإنسان لا يملك التصرف في أعضاء جسده بالتبرع أو البيع، وإذا لم يملك ذلك فلا يملك أن يأذن لغيره في اقتطاع جزء منه لا على سبيل الهبة، ولا على سبيل البيع لأن ملكيته لبدنه ملكية انتفاع وهبها له الله تبارك وتعالى[٢]؛ ومن لا يملك التصرف لا يملك الإذن.

فتحي السروية

* * *

---

(١) وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله، فهو يوجب إذن الإمام في تملك المباحات (انظر: فتح القدير ٩/٣) وعند الجمهور: يكتفى بإذن الشارع في تملك المباحات، ولكن يستحب الاستئذان من الإمام خروجا من خلاف من أوجبه. انظر: حاشية الدسوقي على الشـرح الكبير ٦٩/٤، مغني المحتاج للشربيني ٣٦١/٢، الكافي لابن قدامة ٤٣٥/١.

(٢) انظر: حكم نقل الأعضاء في الفقه الإسلامي للدكتور حسن الشاذلي ص ١٠٢، مجلة مجمع الفقه الإسلامي – العدد الرابع- موضوع انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حيا أو ميتا ص٢٠٨.



رقم القاعدة: ٨٣٠

نص القاعدة: الأَصْلُ حِرْمَةُ الانْتِفاعِ بِمالِ الغَيْرِ بِغَيْرِ إِذْنِه[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- الانتفاع بمال الغير بغير إذنه لا يجوز شرعًا[٢].

٢- الانتفاع بملك الغير بغير إذنه من غير ضرورة منهي عنه[٣].

٣- لا يجوز الانتفاع بملك الغير من غير إذن[٤].

٤- الانتفاع بملك الغير لا يجوز بغير إذنه[٥].

٥- الانتفاع من الشيء لا يجوز بغير إذن مالكه[٦].

٦- الأصل حظر استعمال مال الغير إلا بإذنه[٧].

٧- كل ما يجب رده على صاحبه لم يجز الانتفاع به بغير إذنه[٨].

---

(١) البناية ٦/٤٠.

(٢) انظر: طريقة الخلاف للإسمندي ١/٣٩٧ وفي لفظ: "الانتفاع بملك الغير يتوقف على الإذن" نهاية الزين ٢٦٢ (بتصرف يسير) وفي لفظ: "يمتنع استعمال ملك الغير بغير إذنه" مغني المحتاج ٤/٤٣، وبنحوه في ١/٢٩ وانظر أيضًا: السيل الجرار ٣/٣٣٤.

(٣) قواعد الأحكام ٢/١٤٨.

(٤) روضة القضاة ٢/٥٠٥ وبنحوه في المبسوط ٢٣/١٤٥، الفقيه والمتفقه ١/٥٢٨.

(٥) التبصرة للشيرازي ٣/٥٣٤ وفي لفظ: "الانتفاع بمال الغير يعتمد إذنَه" مغني المحتاج ٢/٢٦٦.

(٦) فتاوى الشبكة الإسلامية، الفتوى رقم ٦٠٥٣٠.

(٧) انظر: نزهة الناظر للحلي ص ٧٢.

(٨) التجريد للقدوري ١١/٥٨٣٦.

قواعد ذات علاقة :

١- لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذنه[(١)]. (أعم، دليل).

٢- لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي[(٢)]. (أعم).

٣- المباح له لا يملك أن يبيح لغيره[(٣)]. (أخص).

٤- ليس للراهن الانتفاع بالرهن بدون إذن المرتهن[(٤)]. (أخص).

شرح القاعدة :

هذه القاعدة التي اتفق الفقهاء على اعتبارها والاعتداد بها، هي من زمرة القواعد التي يتجلى فيها اهتمام الشريعة الإسلامية بالأملاك المعصومة، وتهدف إلى حمايتها من جميع أنواع الاعتداء عليها ومعناها – كما هو ظاهر من لفظها – أن الأصل المتقرر شرعًا أن مال الغير لا يجوز الانتفاع به إلا بإذن صاحبه وطيب نفس منه صراحة أو دلالة.

و(الغير) هنا يشمل كل من عصم الشرع أمواله من الاعتداء عليها، وإن لم يكن مسلمًا، مثل الذمي، والمعاهد، والمستأمن، والرسول والسفير ونحوهم.

وهذه القاعدة تندرج تحت القاعدة الأخرى: «لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذنه» وتتفرع عنها؛ لأن النهي عنها يعم جميع أنواع التصرفات من كل من لا يحق له التصرف في مال الغير إلا بمسوغ شرعي، ولكن قد يُظَنُّ

---

(١) انظر: مجلة الأحكام العدلية م/٩٦ وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٢) المصدر السابق، المادة ٩٧ وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٣) المبسوط ١١/١٣٣، إحكام الأحكام لابن حزم ٣/٣٢٠ وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "المباح له لا يملك الإباحة".

(٤) انظر: كشاف القناع ٣/٣٣٦.

أنها خاصة ببعض أنواع التصرفات، وهي التصرفات الضارة بعين مال الغير كإتلاف شيء منه، أو إحداث شيء فيه - كأن يبني فيه أو يغرس - أو تغييره أو بيعه أو إهدائه أو رهنه مما يطلق عليه تصرفات الفضولي، أما مجرد الانتفاع بملك الغير بما لا ضرر فيه على صاحبه فلا ضير في ذلك به بناءً على مقتضى الأخوة الدينية، فلذلك جاءت هذه القاعدة لتؤكد أن أي شخص ليس له أن ينتفع بمال الغير بوجه من الوجوه من غير إذنه، إلا فيما استثني شرعًا ومن أمثلة هذا التشديد والتأكيد على حماية الأموال المحترمة من قبل الشارع الحكيم، وعدم جواز الانتفاع بها من غير إذن أربابها عدم جواز الذبح بالسكين المغصوبة[1]. بل قالوا: «تكره الصلاة في الثوب المغصوب وإن لم يجد غيره لعدم جواز الانتفاع بملك الغير قبل الإذن»[2]، فمن لم يجد ثوبًا، ولم يبح له غيره أن يلبس ثوبه، فإنه «فيصلي عريانًا لعدم جواز الانتفاع بملك الغير بدون مسوغ شرعي»[3].

وقد حرمت الشريعة الإسلامية التعدي على ممتلكات الآخرين، ومنع من الانتفاع بها من غير مسوغ شرعي، وإن لم يكن في ذلك مضرة عليهم بناءً على أن «حرمة التصرف في حق الغير لا تقف على المضرة»[4]، ولكنها في الوقت نفسه حرمت التعسف في استعمال الحق، ونبهت أصحاب الأموال على ضرورة السماح للمحتاجين بأن ينتفعوا بما عندهم، إن لم تكن في ذلك مضرة عليهم، كما نطقت بذلك القاعدة الأخرى: «لا ينبغي لأحد أن يمنع أخاه ما ينتفع به

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٦١/١١، الموافقات ٣٧/٢،المجموع ٢٥١/١، ٥١٠، قواطع الأدلة١٠٩/١، شرح الأزهار ٧٩/٤.

(٢) حاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح ٤٢٤/١.

(٣) المصدر السابق ١٥٩/١ وانظر أيضًا: المجموع ١٨٨/٣، منار السبيل ٧٩/١.

(٤) بدائع الصنائع ٢٦٦/٦ انظر أيضًا: الموسوعة الفقهية ٣٠٣/٣٧.

أخوه ولا يضره هو»[١]، على أن يلتزم المأذون له بحدود ما أذن له فيه ولا يتعداه، بناءً على أن «الإذن إذا اختص بشيء لم يتجاوزه»[٢]، فإن تعداه كان ضمانًا لما ينتج عن فعله،وبذلك أقامت التوازن بين الحقوق والمصالح المتعارضة، بناءً على القاعدة الكبرى: «لا ضرر ولا ضرار»[٣].

ويباح الانتفاع بممتلكات الغير بإذن أصحابها مباشرة، أو بإذن من يقوم مقامهم، كإذن ولي الأمر في الانتفاع بالأموال العامة بشروطه، وإذن ناظر الوقف في الانتفاع بأموال الوقف وفقًا لشروط الواقف كما يستوي في ذلك أن يأذن المالك في الانتفاع صراحة، أو يوجد الإذن دلالة؛ لما تقرر شرعًا من أن «الإذن دلالة بمنزلة الإذن إفصاحا»[٤]، ولذلك قالوا: كالضيف مثلاً، يجوز له أن يشرب في إناء المضيف ويجلس على فراشه، ونحو ذلك، لوجود الإذن بذلك دلالة.

ومع أن الأصل هو حرمة الانتفاع بمال الغير إلا بإذنه، غير أن هناك حالات يجوز فيها ذلك، وهي:

١- أن يوجد إذن من الشارع؛ لأن «إذن الشارع مقدَّم على كل إذن»[٥]، ومن ذلك ما ذهب إليه فقهاء الحنابلة ومن وافقهم من أنه يجوز

---

(١) التمهيد لابن عبد البر ٦/٢٤١.

(٢) المغني ٧/٣٤٧.

(٣) حديث مرفوع رواه أحمد في مسنده ٥/٥٥(٢٨٦٥) وابن ماجه في سننه ٢/٧٨٤ (٢٣٤١) والطبراني في الكبير ١١/٢٢٨ (١١٥٧٦) من حديث ابن عباس رضي الله عنه، ورواه الحاكم في المستدرك ٢/٦٦ (٢٣٤٥)، والدارقطني في سننه ٤/٥١ (٣٠٧٩) والبيهقي في سننه ٦/١١٤ (١١٣٨٤) من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه، وقال الحاكم: صحيح الإسناد ولم يخرجاه ووافقه الذهبي وقد روي من حديث غيرهما من الصحابة انظر: نصب الراية ٤/٣٨٤.

(٤) المبسوط ٤/١٦٠.

(٥) الشرح الممتع ٩/١٧٥.

للمرتهن أن يركب ما يركب ويحلب ما يحلب بقدر نفقته بلا إذن، لورود دليل بذلك[١].

٢- مواضع الضرورة؛ لأنها مستثناة من قواعد الشرع[٢]، ولذلك قالوا: المضطر الذي يخاف على نفسه، ولا يجد طعاما، يجب عليه أن يستأذن صاحب الطعام في الأكل من طعامه، فإن امتنع - وهو غير مضطر إليه - جاز للمضطر أن يتناول مال الغير بغير إذنه[٣]. وهذا في الواقع راجع إلى سابقه؛ لأن المضطر إنما جاز له ذلك بإذن الشرع.

٣- الانتفاع بشيء تافه، أو أن تكون المنفعة نفسها تافهة، ولا ضرر فيها على صاحبها، ويشق الاحتراز عنها غالبًا، فمن الأول: ما قاله الحنفية في باب اللقطة من أن كل شيء يعلم أن صاحبه لا يطلبه يجوز أخذه والانتفاع به من غير تعريف على أن يبقى على ملك صاحبه[٤]، وقال ابن بطال: «أكثر العلماء يجيز أكل مال الصديق إذا كان تافهًا لا يتشاح في مثله، وإن كان ذلك بغير إذنه ما لم يكن تحت قفله»[٥]. ومن الثاني: قولهم: «ولغير مالك جدار استناد إليه، وإسناد قماشه وجلوسه بظله بلا إذن مالكه، ونظره في ضوء سراج غيره؛ لأنه لا مضرة فيه، والاحتراز عنه يشق»[٦].

---

(١) انظر: المرجع السابق في الموضع نفسه.
(٢) انظر: بدائع الصنائع ٢١٥/١.
(٣) انظر: شرح السنة ٣٤١/١١، حواشي الشرواني ٣٩٤/٩، الموسوعة الفقهية ١١٨/٥.
(٤) انظر: الهداية ١٧٦/٢.
(٥) شرح ابن بطال على صحيح البخاري ٥٥٨/٦ ونحوه قال ابن عبد البر في الاستذكار ٥٠٢/٨.
(٦) مطالب أولي النهى ٣٦٢/٣.
وتجدر الإشارة إلى أن من الفقهاء من توسع ووسع دائرة الانتفاع بمرافق الدار وذهب إلى أن "قول النبي ﷺ «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه» خرج على الأعيان والرقاب واستهلاكها إذا أخذت بغير إذن صاحبها لا على المرافق والآثار التي لا تستحق بها رقبة ولا عين شيء وإنما تستحق بها منفعة " الاستذكار ١٩٧/٧ وانظر أيضًا: ١٩٣/٧، والتمهيد ٢٢٥/١٠، فتح الباري ١١١/٥ وهذا القول حكاه ابن عبد البر في المواضع المذكورة عن الشافعي وأحمد وغيرهم، خلافًا=

أدلة القاعدة:

جميع النصوص الدالة على حرمة التصرف في مال الغير بلا إذنه، وهي أيضًا أدلة للقاعدة الأعم «لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك غيره بلا إذن أو إباحة من الشرع»، ومن أدلة تلك النصوص على هذه القاعدة التي بين أيدينا:

١- قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾ [سورة النساء: ٢٩].

والمراد بأكل الأموال هنا جميع أنواع الانتفاعات[(١)]؛ فإنها منهي عنها إلا بمسوغ شرعي.

٢- قوله ﷺ: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه»[(٢)].

وقد تظاهرت أقوال الفقهاء على أن هذا الحديث مثل الآية الكريمة تدل على عدم التصرف في أموال الغير إلا بإذنه.

٣- عن ابن عمر - رضي الله عنهما - أن رسول الله ﷺ قال: «لا يحتلبن أحد ماشية أحد بغير إذنه»[(٣)].

هذا الحديث نص في تحريم احتلاب ماشية الغير بغير إذنه، ويقاس على احتلاب الماشية سائر أنواع الانتفاع بأموال الآخرين قال ابن بطال - ضمن شرح

= لمالك وأبي حنيفة، على أن الخلاف إنما هو في إجبار الجار على السماح وعدم المنع، لا في وجوب الاستئذان، وفي وجوب الاستئذان أو عدمه تفصيل وخلاف عند الشافعية، والله أعلم انظر: فتح الباري ١١٢/٥ وراجع أيضًا: الحاوي ٣٤٩/٧، الأحكام السلطانية ص ٢١٣، مغني المحتاج ٣٩٦/٢، حواشي الشرواني ٢٧١/٦.

(١) أفاده الرازي في تفسيره ١٧٠/٨ وانظر أيضًا: أحكام القرآن للجصاص ١٢٨/٣.

(٢) رواه أحمد ٢٩٩/٣٤ (٢٠٦٩٥)، والدارمي ١٦٤٩/٣ (٢٥٧٦) من حديث أبي حرة الرقاشي عن عمه رضي الله عنه.

(٣) رواه البخاري ١٢٦/٣ (٢٤٣٥)، ومسلم ١٣٥٢/٣ (١٧٢٦).

هذا الحديث : «أجمع العلماء أنه لا يجوز أخذ شيء من ماله بغير إذنه»[1].

تطبيقات القاعدة :

١- لا يجوز لأحد أن يأكل من الأطعمة الرطبة في بستان غيره – إذا كان محوطًا – بالإجماع، وكذلك إذا كان غير محوط لا يجوز له الأكل من غير الضرورة، إلا بإذن مالكه، عند الجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية[2].

٢- ما يحوزه الشخص من الماء في إنائه، أو يأخذه من الكلأ في حبله أو يحرزه في رحله، أو يأخذه من المعادن، فإنه يملكه بذلك بغير خلاف بين أهل العلم، وليس لأحد أن يشرب منه، ولا يأخذ ولا يتوضأ إلا بإذن مالكه؛ لأنه ملكه[3]، والانتفاع بملك الغير لا يجوز إلا بإذنه.

٣- ليس للمستودع أن يستعمل الوديعة وينتفع بها بدون إذن صاحبها، وإن استعملها بلا إذنه وهلكت في حال استعمالها، فعليه ضمانها[4]، وكذلك الحكم في سائر الأمانات؛ لأن كل ما يجب رده على صاحبه لم يجز الانتفاع به بغير إذنه[5].

٤- لا يجوز إخراج حانوت وجناح وميزاب ونحو ذلك في ملك غيره أو هوائه، أو في درب غير نافذ، أو فتح باب في ظهر دار في الدرب غير النافذ لاتخاذه طريقًا إلا بإذن مالكه إن كان في ملك غيره، أو بإذن

---

(١) شرح ابن بطال ٦/٥٥٨.

(٢) انظر: اختلاف الأئمة العلماء ٢/٣٥٩.

(٣) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة ٤/٢٢ وراجع أيضًا: حاشية الدسوقي ١/٤٤.

(٤) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٢/٢٦٧ – ٢٧٨، مرآة المجلة ١/٤١٦، فقه الصادق ٢٢/١٤٧، تحرير الأحكام للحلي ٥/١٨٤، التاج المذهب ٣/٣٣٨.

(٥) انظر: فتاوى الشبكة الإسلامية، الفتوى رقم ٢١٠٧١، ورقم ٤٨٢٤٩.

أهل الدرب غير النافذ؛ لأنه ملكهم، فلم يجز الانتفاع به بلا إذنهم[١].

٥- لو دفن ميت في أرض إنسان بغير إذن المالك كان المالك بالخيار: إن شاء رضي بذلك، وإن شاء أمر بإخراج الميت وإن شاء سوى الأرض وزرع فوقها؛ لأن الأرض ظاهرها وباطنها مملوكة له[٢]، والانتفاع بملك الغير لا يجوز إلا بإذنه.

٦- لا يجوز لأحد أن يمر في أرض غيره ويدع الطريق، من غير الضرورة، إلا إذا أذن له صاحب تلك الأرض[٣].

٧- ليس لأحد أن يسقي أرضه أو زرعه من نهر الغير أو عينه أو قناته، اضطر لذلك أو لم يضطر[٤]. وكذلك يحرم إجراء ماء في ملك إنسان بلا إذنه ولو مع عدم تضرره أو مع عدم تضرر أرضه بذلك؛ لأنه استعمال لملك الغير بغير إذنه[٥].

٨- من رهن أرضًا، أو بستانًا أو شيئًا آخر، فليس للمرتهن أن ينتفع بشيء منها إلا بإذن الراهن، فإن فعل فهو ضامن لما أكل من ثمر أو استهلكه من عينه[٦].

---

(١) انظر: شرح منتهى الإرادات ٢/١٤٩ وانظر أيضًا: مغني المحتاج ٤/٨٥.

(٢) مجمع الضمانات ١/٣٤٢.

(٣) انظر: المعيار المعرب ١٢/٦٦.

(٤) لكن "إن سقى أرضه أو زرعه بغير إذن صاحب النهر فلا ضمان عليه فيما أخذ من الماء وإن أخذ مرة بعد مرة يؤدبه السلطان بالضرب والحبس إن رأى ذلك" الفتاوى الهندية ٥/٣٩١.

(٥) كشاف القناع ٣/٤٠٣.

(٦) انظر: العناية ١٣/١٥٦، شرح الزركشي ٢/١١٥.
واستثنى الحنابلة في المذهب عندهم أن للمرتهن أن يركب ما يركب، ويحلب ما يحلب، بمقدار العلف، متحريًا للعدل في ذلك انظر: المرجع السابق.

٩- لو أرسلت جارة إلى جارتها هدية في ظرف، بدون أن تهدي لها الظرف أيضًا، فليس لها أن تستعمل الظرف إلا في أكل الهدية منه إن اقتضته العادة؛ لحرمة انتفاع بملك الغير بغير إذنه(١).

١٠- لا يحق للشخص أن يخرج كتابًا من مكتبة غيره ليقرأ فيه بغير إذن؛ لأن الانتفاع من الكتب بمطالعتها، والانتفاع من الشيء لا يجوز بغير إذن مالكه(٢).

د. محمد خالد عبد الهادي هدايت

* * *

---

(١) انظر: مغني المحتاج ٢/٤٠٥.

(٢) فتاوى الشبكة الإسلامية، الفتوى رقم ٦٠٥٣٠، ورقم ٦١٠٩٩.

رقم القاعدة: ٨٣١

نص القاعدة: الأَمْرُ بِالتَّصَرُّفِ فِي مِلْكِ الغَيْرِ بَاطِل[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- لا يصح الأمر بما ليس بمملوك للآمر[٢].

٢- الأمر بالتصرف في مال الغير باطل[٣].

٣- الأمر في ملك الغير فاسد[٤].

٤- لا يجري أمر أحد إلا في حق ملكه[٥].

---

(١) ترتيب اللآلئ لناظر زاده ٣٩٧/١، العناية شرح الهداية للبابرتي ٥٠٢/٧، فتح القدير لابن الهمام ٤/٨، درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٩٥/١، شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٤٥٩ ووردت في الذخيرة البرهانية ٥٩٢/٥/ مخطوط بلفظ: "الأمر بالتصرف في ملك الغير لا يصح".

(٢) الهداية للمرغيناني مع العناية ٣١٥/١٠ (بتصرف).

(٣) درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٦١٠/١.

(٤) كشف الأسرار لعبد العزيز البخاري ٣٩٢/٤.

(٥) مجلة الأحكام العدلية، مادة: ١٥١٠، ووردت في درر الحكام لعلي حيدر ٦٢٩/٣ بلفظ: "لا ينفذ أمر أحد إلا في حق ملكه".

قواعد ذات علاقة :

١- لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذنه[١]. (مكملة).

٢- ما حرم فعله حرم طلبه[٢]. (أعم).

٣- من بطل أمره بطل أمر من يتصرف من جهته[٣]. (تلازم).

٤- يضاف الفعل إلى الفاعل لا الآمر ما لم يكن مجبرا[٤]. (مكملة).

٥- إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر[٥]. (مكملة).

٦- الآمر لا يضمن بالأمر[٦]. (تلازم).

شرح القاعدة :

معنى القاعدة : أن من أمر غيره بالقيام بتصرف من التصرفات في شيء لا يملكه - عينا كان أو منفعة أو حقا من الحقوق - دون أن يكون له حق التصرف في ذلك بإذن أو ولاية عليه، فإن أمره يكون باطلاً لا حكم له، ويكون وجوده كعدمه، ولا يترتب عليه أي أثر، فإذا تصرف المأمور، وقام بتنفيذ الأمر فتكون العهدة حينئذٍ عليه إذا كان عاقلا بالغا؛ لأنه باشره باختياره، ولا ينسب الفعل إلى الآمر، فمن أمر غيره بأخذ مال شخص آخر أو بإتلافه عليه فلا عبرة بهذا

---

(١) مجلة الأحكام العدلية: م/٩٦.

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم مع الغمز ١/٤٥٠ وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٣) الفروق للكرابيسي ٢/٢٢٠.

(٤) المجلة العدلية وشروحها، مادة: ٨٩ وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٥) درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٢/٣٢٤ وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٦) الأشباه والنظائر لابن نجيم مع الغمز ٣/٢١٠، ترتيب اللآلئ لناظر زاده ١/٢٠١ وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

الأمر، ويضمن الفاعل، وعن هذا قال الفقهاء: «الآمر لا يضمن بالأمر»[١]، و«يضاف الفعل إلى الفاعل لا الآمر ما لم يكن مجبرا»[٢].

ثم لا يلزم لأجل بطلان الأمر بالتصرف في ملك الغير أن يكون ملك ذلك الغير قائمًا حين الأمر بل يكفي أن يكون قائمًا حين التصرف[٣]؛ فلو كان الشيء مملوكا للآمر عند الأمر، لكنه عند تنفيذ الأمر يكون قد خرج من ملكه ودخل في ملك الغير يبطل الأمر أيضًا، كمن أمر غيره بالتصرف في عين يملكها ثم باعها قبل أن يباشر المأمور التصرف فيها، فإنه لا يجوز له التصرف فيها بعدئذ، فإن فعل فهو ضامن، ولا شيء على الآمر.

وبطلان الأمر في حق المأمور مقيد بأن يكون المأمور عالما بأن الشيء لغير الآمر؛ أما لو لم يكن عالما بذلك، وأوهمه الآمر أنه له، فإن العهدة تكون على الآمر[٤]؛ لأنه مغرور من جهته، و«المغرور يرجع على الغار بما غره»[٥].

والقاعدة تدل بمفهومها على أنه إذا أمر بالتصرف في حق يملكه بأن كان الآمر أصيلا أو وصيا أو وليا أو وكيلا صح أمره، ويصير المأمور نائبا منابه، كما تنص عليه الصيغة الأخرى: «لا يجري أمر أحد إلا في حق ملكه»، فيصير فعله منقولا إليه؛ كأنه فعل بنفسه، وتكون العهدة عليه، لا على المأمور.

وهذه القاعدة متفرعة عن قاعدة «لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم مع الغمز ٣/ ٢١٠.

(٢) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١/ ٩٠.

(٣) شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٤٥٩.

(٤) انظر: المحيط البرهاني لابن مازة ٨/ ٢٥١، الفتاوى الهندية٥/ ١٤٢، شرح المجلة للأتاسي١/ ٢٤٨، شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٤٥٩، المدخل الفقهي العام ٢/ ١٠٤١، التاج المذهب للعنسي ٣/ ٣٧٥.

(٥) شرح السير الكبير للسرخسي ٥/ ٢١١٩.

بلا إذنه»[١]. فإذا كان التصرف في ملك الغير لا يجوز بغير إذن مالكه فكذلك الأمر بالتصرف فيه باطل؛ لأن «ما حرم فعله حرم طلبه»[٢].

وهي محل اتفاق بين الفقهاء؛ إذ هي تقرر مبدأ حفظ الحقوق والأموال المتفق عليه بين الشرائع؛ قال الحموي: «حفظ المال من الكليات الخمس المجمع عليها في سائر الأديان»[٣].

أدلة القاعدة:

١- لأن فاقد الشيء لا يعطيه، فمن لا يملك التصرف لا يملك الأمر به[٤].

٢- لأن الأمر بالتصرف في ملك الغير أمر بمعصية، ولا طاعة لمخلوق في معصية الخالق[٥].

٣- قاعدة: «لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذنه»[٦]، وأدلتها فدليل الأصل دليل لفرعه.

تطبيقات القاعدة:

١- إذا أمر غيره بأن يدخل إلى بستان فلان ويأخذ ثماره، لم يجز للمأمور فعل ذلك فإذا أخذ شيئًا ضمن الآخذ، ولا رجوع له على الآمر؛ لأن

---

(١) مجلة الأحكام العدلية: م/٩٦، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/٨٥) وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم مع الغمز ١/٤٥٠.

(٣) غمز عيون البصائر للحموي ١/٣١٨.

(٤) المدخل الفقهي العام للزرقا ٢/١٠٤١.

(٥) انظر: المغني لابن قدامة ٨/٢٨٨، الضمان لعلي الخفيف ص ٦٨.

(٦) مجلة الأحكام العدلية: م/٩٦.

أمره بالتصرف في ملك الغير باطل، فتكون العهدة على الفاعل[١].

٢- من أمر غيره ببيع سيارة لا يملكها لم يجز للمأمور فعل ذلك، فإذا باعها، كان المأمور هو المسؤول عن بيعه، ويطالب بضمانها[٢].

٣- إذا أمر رجل رجلاً آخر أن يسكن دارا لغيره لم يجز للمأمور فعل ذلك، فإذا سكنها مختارا، دون إكراه كان الضمان على الفاعل، دون الآمر[٣].

٤- إذا استأجر أحد عينا ثم آجرها من آخر وأمره بتعميرها ورمها فإذا كان المستأجر الثاني يعلم بأن آجره مستأجر، لا مالك فليس له ما أنفق؛ لأن الأمر بالتصرف في مال الغير باطل، فتبقى العهدة على المتصرف[٤].

٥- لو أمر من كان في مرض موته أحدَ ورثته بأن يتصدق بماله كله على الفقراء كان أمره باطلا فيما زاد على الثلث، وليس للمأمور تنفيذه؛ لأن «بمرض الموت تعلق حق الورثة بماله»[٥]، فلا يملك التبرع بما زاد على الثلث، ولا يصح الأمر بما ليس بمملوك للآمر.

٦- من وقف في مرضه الذي مات فيه، وأمر أحدا من أبنائه بتنفيذ وقفه جاز ذلك بقدر الثلث، وبطل في الباقي، وليس للمأمور تنفيذ أمره في

---

(١) انظر: المحيط البرهاني لابن مازه ٨/٢٥١، معين الحكام للطرابلسي ص ١٥٦.

(٢) انظر: نظرية الضمان للزحيلي ص ٢٠٢.

(٣) انظر: التاج المذهب للعنسي ٣/٣٧٤-٣٧٥ إلا إذا كان الآمر قويا فإنه يضمن ابتداء، لكنه يرجع على المأمور بما غرم، لأنه المستهلك للمنافع، بشرط أن يكون المأمور مختارا عالما، أو جانيا، أما لو كان جاهلا كونه للغير أو كان مكرها بحيث سلب اختياره فلا يكون قرار الضمان على المأمور، بل على الآمر انظر: المرجع السابق.

(٤) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١/٦١٠.

(٥) المبسوط للسرخسي ٦/١٥٥.

الباقي إلا أن تجيز الورثة؛ وذلك «لأن حق الورثة تعلق بالمال بوجود المرض، فمنع التبرع بزيادة على الثلث»[١]، ولا يصح الأمر بما ليس بمملوك للآمر.

٧- إذا قال المودع للوديع: إذا مت فادفع هذه الوديعة لابني فلان، وكان للميت المودع وارث آخر، لم يجز للمأمور فعل ذلك، فإن فعل كان الضمان عليه؛ لأن الوديعة بعد موت المودع تصبح ملكا للورثة جميعًا، فأمره بالدفع إلى أحدهم باطل[٢].

٨- التوكيل في أخذ المال المباح – كالكلأ وأحطاب الجبال وثمارها التي لا مالك لها - باطل؛ لأن التوكيل أمر بالتصرف، والأمر بالتصرف إنما يصح في ما هو ملك الموكل، والمباحات ليست ملكا له، فلم يصح الأمر، فإن أخذه أحدهما ولم يعمل الآخر شيئًا فهو للعامل[٣].

محمد عمر شفيق الندوي

* * *

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٦٥/٥ وانظر: الدرر شرح الغرر للملا خسرو ١٣٨/٢، مجمع الأنهر لشيخي زاده ٧٤٩/١.

(٢) انظر: المدخل الفقهي العام للزرقا ١٠٤١/٢- ١٠٤٢.

(٣) انظر: المحيط البرهاني لابن مازة ٣٥٦/٨، تبيين الحقائق للزيلعي ٣٢٣/٣، الدرر شرح الغرر للملا خسرو ٣٢٣/٢.

رقم القاعدة: ٨٣٢

نص القاعدة: لا يَجُوزُ التَّصَرُّفُ فِي الْمُشْتَرَكِ بِغَيْرِ إِذْنِ سَائِرِ الشُّرَكَاءِ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- ليس لأحد من الشريكين التصرف في المشترك إلا بإذن الآخر[٢].

٢- ليس لأحد الشريكين أن ينفرد بالتصرف في حق مشترك دون رضا شريكه[٣].

٣- التصرف في الحق المشترك بدون إذن الشريك فاسد[٤].

٤- ما كان مشتركا لم يختص به أحد إلا بإذن من له الإذن[٥].

---

(١) مجلة الأحكام الشرعية لأحمد القاري ص ٥٠٦ تنقيح الفتاوى الحامدية ٤٨/١ وفي لفظ: "لا يجوز التصرف في المشترك إلا بإذن الشريك".

(٢) مجلة الأحكام الشرعية، ص ٥٤١ وفي لفظ: "ليس لأحد الشركاء التصرف في المال المشترك إلا بإذن الجميع" الروضة البهية ٢٠٢/٤.

(٣) التشريع الجنائي في الإسلام ١٥٤/٣.

(٤) نتائج الأفكار ٣١٦/١٠ وفي لفظ: "لا يحل لأحد من الشركاء إنفاذ شيء من الحكم في جزء معين مما له فيه شريك ولا في كله" المحلى ١٣٣/٨.

(٥) عارضة الأحـــوذي ١٤٧/٦ وفي لفظ: "الحق المشترك لا يجوز إلا بإذن ذوي الحق" التاج المذهب ١٩٦/٣ (بتصرف).

٥- تصرف الشريك في المشترك لا يجوز إلا برضا الشريك[١].

٦- بعض الشركاء لا يملك التصرف في المحل المشترك إلا برضا بقية الشركاء[٢].

٧- لا سبيل إلى التصرف في الملك المشترك والحق المشترك إلا برضا الشركاء[٣].

قواعد ذات علاقة :

١- لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذنه[٤]. (أعم، دليل).

٢- ما جعل إلى اثنين لم يجز أن ينفرد به أحدهما[٥]. (أخص)

٣- للإنسان أن يتصرف في ملكه كيفما شاء[٦]. (مقيدة).

شرح القاعدة :

لا شك أن حفظ حقوق الناس وأموالهم من أهم وأبرز مقاصد الشريعة الإسلامية، ومن أجل تحقيق هذا المقصد وضع الفقهاء – في ضوء النصوص والأدلة الشرعية - جملة من القواعد والضوابط التي تؤكد على مبدأ احترام الحقوق والأموال المعصومة وتهدف إلى المحافظة عليها وصيانتها من أي نوع من أنواع العبث بها والاعتداء عليها.

---

(١) الفتاوى الفقهية الكبرى ٣/١٨٣.

(٢) تنقيح الفتاوى الحامدية ٦/٣٩٦.

(٣) بدائع الصنائع ٦/١٩٠.

(٤) المجلة – وشروحها - (المادة ٩٦) وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٥) المهذب ١/٣١٠، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٦) درر الحكام ١/٨٣، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

وهذه القاعدة التي بين أيدينا إحدى تلك القواعد التي تعتبر سياجا متينا لصيانة الحقوق والأملاك، وهو يختص بحماية حقوق الشركاء، وينص على أن أحد الشركاء ليس له أن ينفرد بالتصرف في الحق المشترك إلا برضا سائر الشركاء، فإن فعل كان ضامنا للآثار المترتبة على تصرفه وهذا المعنى متفق عليه بين الفقهاء في الجملة.

والمنع من التصرف في المشترك إلا بإذن سائر الشركاء يعم جميع الأشياء المشتركة بين شخصين أو أكثر، سواء كانت الشركة من قبيل شركة الأملاك - وهي أن يختص اثنان فصاعدا بشيء واحد، أو ما في حكمه، وهو المتعدد المختلط بحيث يتعذر أو يتعسر تفريقه لتتميز أنصباؤه[١]- أو كانت شركة العقد، وهي «عقد بين المشاركين في الأصل والربح»[٢]، مثل شركة المفاوضة، وشركة العنان، وغيرهما من أنواع الشركات، أو كان الاشتراك في الحقوق، مثل اشتراك الأولياء في حق القصاص، أو كان فيما فُوِّض إليهم من التصرفات على سبيل الاشتراك، مثل تعدد الوكلاء والأوصياء ونُظَّار الأوقاف، ففي كل هذه الأشياء المشتركة لا يملك أحد الشركاء حق التصرف في المشترك إلا بإذن بقية الشركاء ورضاهم صراحة أو بدلالة الحال أو العرف، أو بمقتضى العقد، وهذا يعني أن التصرف الذي يكون مآله إلى الخير ينبغي أن يعد جائزًا، وإن لم يوجد تصريح بالرضا من سائر الشركاء؛ لوجود الإذن دلالة؛ إذ الناس يرضون عادة بمثل هذه التصرفات في أملاكهم وحقوقهم.

والأصل المتقرر في الشريعة الإسلامية أن كل من له حق التصرف شرعا له أن يتصرف في حقه بدون إذن غيره، حتى ولو كان شائعا، ولذلك قالوا: «يجوز

---

(١) انظر: الموسوعة الفقهية ١٩/٢٦ - ٢٠.

(٢) الدر المختار ٤/٢٩٩.

بيع المشاع باتفاق المسلمين، كما مضت بذلك سنة رسول الله ﷺ»[١]، ليس البيع فقط، بل كذلك حكم كل عقد يؤدي إلى إخراج الشيء عن الملك، مثل الهبة والوصية والصدقة وبدل الخلع، ونحو ذلك، ففي كل ذلك يحق لصاحب الحق التصرف في حصته خاصة بدون إذن شريكه، بشرط أن لا يؤدي إلى الإضرار بالآخر، وإلا كان ممنوعا منه[٢]، مثل بيع الحصة الشائعة في البناء أو الغراس، أو الثمر أو الزرع، فإنها لا تجوز منفردة عن الأرض التي فيها بدون إذن شريكه؛ لما يترتب من ضرر على الشريك نتيجة ذلك[٣].

---

(١) مجموع الفتاوى ٢٣٣/٢٩ وانظر أيضًا: درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٤٦/٣ – ٤٠٧، شرح الخرشي ٢٣٩/٥، المجموع ٢٩٢/٩، المغني ٤٥/٥.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن هناك حديثًا يحظر البيع في المال المشترك إلا بإذن الشريك، وهو عن جابر – رضي الله عنه مرفوعًا: "من كان له شريك في ربعة أو نخل فليس له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن رضي أخذ وإن كره ترك" رواه مسلم في صحيحه ١٢٢٩/٣ (١٦٠٨) لكن قال الإمام النووي – رحمه الله تعالى: إن هذا الحديث "محمول عند أصحابنا على الندب إلى إعلامه وكراهة بيعه قبل إعلامه كراهة تنزيه وليس بحرام ويتأولون الحديث على هذا" شرح النووي على صحيح مسلم ٤٥/١١ - وقد نقله عن النووي أيضًا في تحفة الأحوذي ٤٥٠/٤- ونحوه قال ابن بطال المالكي – رحمه الله تعالى – في شرحه: "عرض الشفعة على الشريك قبل البيع مندوب إليه" ٣٧٨/٦ وقد حمل بعضهم الحديث على ظاهره، فقالوا بتحريم البيع قبل العرض على الشريك، والله أعلم. انظر: المحلى ٨٨/٩، إعلام الموقعين ٣٨١/٣، ٢٤١/٤.

كما ينبغي التنبيه هنا على أن البيع إنما يصح في غير المعين من المشاع بدون إذن شريكه، ولا يجوز في المعين في المشترك المشاع، "فإذا باع نصفا معينا من الدار المشتركة على وجه الشيوع بينه وبين شريكه الآخر فالبيع لا يجوز، فلو باع الشريك غرفة معينة من الدار المشتركة بينه وبين آخر إلى أجنبي فالبيع غير صحيح في حصة البائع ولا في حصة شريكه، لأن الغرفة التي بيعت ليست للبائع فقط بل للشريك الآخر شركة في كل جزء منها كما للأول" درر الحكام شرح مجلة الأحكام١ /١٦٣.

(٢) انظر: درر الحكام ٤٦/٣.

وقد استثنى الحنفية من ذلك حالة خلط الأموال أو اختلاطها دون الشيوع، فقالوا: لا يسوغ لأحد الشريكين عند خلط الأموال أو اختلاطها أن يبيع حصته في الأموال المشتركة المخلوطة – أو المختلطة – بدون إذن شريكه انظر: المصدر السابق، في الموضع نفسه.

(٣) انظر: الموسوعة الفقهية ٢٣/٢٦، ٢٤.

لكن الشريك ليس له شيء من هذه التصرفات في حصة شريكه؛ لأن «كل واحد من الشركاء في شركة الملك أجنبي في حصة الآخر في التصرف المضر»[1]، لذلك فإن «كل واحد من الشريكين ممنوع من التصرف في حصة صاحبه لغير الشريك إلا بإذنه؛ لعدم تضمنها الوكالة»[2].

ولا تعارض بين ما تقدم من أن الشريك له أن يتصرف في حصة نفسه من المشترك بأي تصرف عقدي يؤدي إلى إخراج الشيء عن ملكه بغير إذن شريكه، وبين هذه القاعدة؛ لأن المراد بعدم جواز تصرفه تصرفه في حصته الشائعة – كما قال الخرشي – رحمه الله تعالى: «أي: في إقباضها لمن اشترى منه حصة تبعًا لإقباضه حصته، هذا هو المراد وليس بمراد أنه لا يجوز له أن يتصرف في حصته بالبيع كما قد يتوهم، فبيعه لحصة نفسه جائز، ولكن يحتاج في إقباضها لكونها غير متميزة وغير منقسمة إلى إذن شريكه فإن أقبض بغير إذن شريكه ضمن»[3]، وهذا ما يفهم أيضًا من قول القرافي – رحمه الله تعالى: «إذا كانا شريكين في حيوان – مثلاً – بميراث أو غيره لا يجوز له أن يتصرف فيه إلا بإذن شريكه فلو باع نصيبه وسلم الجميع للمشتري بغير إذن شريكه فمقتضى القواعد أن الشريك يضمن»[4].

ويتبين مما تقدم أن الشريك إنما يمنع من الانفراد بالتصرف في جميع المشترك بدون إذن شريكه، وعليه فإن الأشياء التي لا تقبل القسمة ولا يتأتى التصرف فيها مجزأ – مثل الدابة، والحمام والبئر والرحى والثوب الواحد والحائط بين دارين – فإنها لا يجوز التصرف فيها مطلقا إلا بإذن الشريك؛ لعدم إمكانية تصرف كل شريك في حصته على حدة.

---

(١) درر الحكام ٣/٢٣.

(٢) البحر الرائق ٥/١٨٠.

(٣) شرح الخرشي ٥/٢٣٩.

(٤) الذخيرة ٨/٦٦.

هذا ما يتعلق بشركة الأملاك والحقوق، أما التصرف في المشترك بالعقد فإن كل شريك يملك التصرف في المشترك بدون إذن الشريك الآخر بقدر ما يملكه الوكيل في مال الموكل؛ لأن الشركة تتضمن الوكالة[١]. فالإذن في مثل هذه التصرفات موجود دلالة بحكم العقد، أما في غير ذلك فلا بد من أن يستأذن الشريك شريكه، وإلا تحمل الشريك نتيجة تصرفه بمفرده، فمثلا: يجوز للشريك أن يفعل في مال الشركة كل ما هو من أعمال التجارة عرفا – على خلاف بين الفقهاء في ذلك - فله أن يبيع ويشتري ويقبض ويحيل ويحتال ويؤجر ويستأجر[٢]- إلا أن ينهاه شريكه - لكن ليس له إجراء شيء من التبرعات من مال الشركة إلا بإذن الآخر[٣]، وكذلك «لا يجوز للشريك المفاوض أن يقارض غيره إلا بإذن شريكه»[٤]، وهكذا سائر التصرفات التي لا يتضمنها الإذن العام من كل واحد منهما لصاحبه.

والقاعدة ذات مجال واسع، فإنها تجري في كل ما يتصور فيه الاشتراك من الأملاك والحقوق والتصرفات، على ما سبق بيانه.

أدلة القاعدة:

١- عن ابن عمر - رضي الله عنهما - يقول: نهى النبي ﷺ أن يقرن الرجل بين التمرتين جميعًا، حتى يستأذن أصحابه[٥]. ووجه الدلالة من الحديث أن المقرن بين التمرتين لما يأكل أكثر من سائر الشركاء في الطعام نهي عن ذلك، إلا بإذن أصحابه، قال الإمام النووي رحمه

---

(١) انظر: المبسوط ٦٦/٢٠، المغني ٦/٥.

(٢) انظر: مجلة الأحكام الشرعية ص ٥٥١.

(٣) انظر: المصدر السابق ص ٥٥٠.

(٤) بداية المجتهد ١٩٣/٢.

(٥) رواه البخاري ١٣٩/٣ (٢٤٨٩) ومواضع أخر، ومسلم ١٦١٧/٣ (٢٠٤٥).

الله تعالى: «فإن كان الطعام مشتركا بينهم فالقران حرام إلا برضاهم، ويحصل الرضا بتصريحهم به، أو بما يقوم مقام التصريح من قرينة حال أو إدلال عليهم كلهم بحيث يعلم يقينا أو ظنا قويا أنهم يرضون به، ومتى شك في رضاهم فهو حرام»(١).

٢- ويدل لهذا الضابط أيضًا جميع النصوص التي تدل على حرمة التصرف في حقوق الآخرين إلا برضاهم، منها:

أ - قوله تعالى: ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾ [سورة النساء: ٢٩].

ب - قوله ﷺ: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه»(٢).

ج - عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «لا يحتلبن أحد ماشية أحد بغير إذنه»(٣). وجه الدلالة من هذه النصوص أنها تدل على تحريم أملاك الناس وحقوقهم بغير رضاهم، ولم تفرق بين المشتركة منها وغير المشتركة(٤).

٣- إن التصرف في الحق المشترك بغير إذن سائر الشركاء قبيح عقلا، ومحرم شرعا(٥)؛ لأنه تعدٍّ(٦).

---

(١) شرح النووي على صحيح مسلم ٢٢٨/١٣ - ٢٢٩ وكلام النووي هذا نقله غير واحد من العلماء انظر: مثلاً: فتح البـاري ٥٧١/٩، عمـدة القاري ٧٢/٢١، حاشية الرملي ٢٢٨/٣، فيض القدير ٨٥/٦، تحفة الأحوذي ٤٣٥/٥.

(٢) رواه أحمد ٢٩٩/٣٤ (٢٠٦٩٥)، والدارمي ١٦٤٩/٣ (٢٥٧٦) من حديث أبي حرة الرقاشي عن عمه رضي الله عنه.

(٣) رواه البخاري ١٢٦/٣ (٢٤٣٥)، ومسلم ١٣٥٢/٣ (١٧٢٦).

(٤) انظر: المحلى ٤٥٧/٧.

(٥) انظر: الروضة البهية ٢٠٢/٤.

(٦) انظر: فتح القدير ٣١٦/١٠.

تطبيقات القاعدة :

١- ليس لواحد من الشركاء في الدار المشتركة أن يُدخل الدارَ رجلاً أجنبيًّا بدون إذن سائر الشركاء؛ لأن هذا الدخول والإدخال تصرف في ملك مشترك بلا إذن، وهو ممنوع[(١)]، فإن أُذِن لشريك بعينه، جاز له ذلك، أو اتفقوا عليه جاز للجميع؛ لوجود الإذن منهم جميعًا.

٢- يجوز لكل واحد من الشريكين في الحائط أن يضع عليه خشبا، أو حديدًا، أو غير ذلك، مثل ما وضع صاحبه؛ لاستواء حقهما في الانتفاع بالمشترك، لكن لو أراد أحدهما أن يزيد شيئًا على ما وضعه صاحبه، أو يفتح كوة أو يتخذ عليه سترة أو يفتح فيه بابا،لم يكن له ذلك إلا بإذن صاحبه؛ لأنه تصرف في الملك المشترك، وأحد الشريكين لا ينفرد بالتصرف في الملك المشترك إلا بإذن شريكه[(٢)].

٣- ليس لأحد من الشركاء في الطريق غير النافذة أن يتصرف فيها بمفرده، كأن يحدث فيها بابًا غير بابه الأصلي - مثلاً - إلا بإذن سائر الشركاء؛ لأن الطريق التي ليست بنافذة مملوكة لأهلها، فهم فيها شركاء، والتصرف في الملك المشترك من الوجه الذي لم يوضع له لا يكون إلا بإذن الشركاء[(٣)].

٤- يمنع أحد الشركاء في النهر المشترك من بناء رحى، وقنطرة عليه،

---

(١) انظر: تنقيح الفتاوى الحامدية ١/٤٨، درر الحكام ٣/١٨.

(٢) انظر: المبسوط ٣٠/١٩١-١٩٢ وراجع أيضًا: الكافي لابن عبد البر ١/٤٩٣، التلقين ٢/٤٣٣، الأم ٣/٢٢٥، شرح الوجيز ١٠/٣١، التاج المذهب ٣/١٩٦، الجامع للشرائع ١/٣٠٨، الموسوعة الفقهية ١٦/٢٢٣.

(٣) انظر: تبيين الحقائق ٦/١٤٣، التاج والإكليل ٥/١٧٤، مغني المحتاج ٢/١٨٤، مجموع الفتاوى ٣٠/١١.

وغرس شجرة على حافتيه، وما شابه ذلك من التصرفات إلا بإذن باقي الشركاء، كسائر الأملاك المشتركة؛ لأن حريم النهر مشترك بين الجميع، والتصرف في المشترك لا يجوز إلا برضا الشركاء[١].

٥- لا يجوز للغانمين التصرف في الغنيمة قبل قسمتها؛ لأنها مشتركة بينهم وبين أهل الخمس، والشريك لا يجوز له التصرف في المشترك بدون إذن الشركاء، وإذنهم متعذر هنا[٢]، وكذلك الحكم في مال بيت مال المسلمين، ليس لأحد أن يأخذ منه شيئًا بلا سبب مشروع، لكونه مشتركا بين جميع المسلمين، وإذن جميعهم متعذر.

٦- ما غرسه الشريك في الأرض المشاعة، أو بنى فيها بغير إذن شريكه، فللشريك قلع ما غرس ونقض بنائه مجانا[٣]. وكذلك لو قطع أحد الشريكين الأشجار المثمرة المشتركة تغلبا واستهلكها، فللشريك الآخر أن يضمن شريكه قيمة حصته قائمة في الأشجار المستهلكة، بناء على موجب هذا الضابط[٤].

٧- من استعمل دابة مشتركة - أو سيارة مشتركة - بينه وبين غيره بغير إذن شريكه يصير غاصبا ضامنا لنصيب شريكه فيها؛ لأن التصرف في حق الغير بغير إذنه فاسد[٥].

٨- لو وجد وليان مستويان في الدرجة لكن أحدهما أكبر سنا من الآخر

---

(١) انظر: المبسوط ١٧٣/٢٣، فتاوى السبكي ٤٥٥/١، الكافي لابن قدامة ٢٤٨/٢، شرائع الإسلام ١٠٣/٢.

(٢) انظر: الفتاوى الفقهية الكبرى ٢٤٦/٤.

(٣) انظر: فتاوى ابن الصلاح ١٨٩/٢، الفتاوى الفقهية الكبرى ٤٦٥/٥، دليل الطالب ١٥٠/١.

(٤) انظر: درر الحكام ٢٥/٣.

(٥) انظر: الفتاوى الهندية ١٥٨/٥، لسان الحكام ٢٤٨/١.

قدم في عقد النكاح، لكن لو أراد الأكبر أن يقدم شخصا آخر، فليس له ذلك إلا برضا الآخر؛ لأن الحق مشترك بينهما[١]، فلم يكن له التصرف فيه بتقديم الثالث إلا بإذن الشريك الآخر.

٩- ورثة القتيل إذا كانوا أكثر من واحد، لم يجز لبعضهم استيفاء القود إلا بإذن الباقين؛ لأن الحق مشترك بينهم، وليس لأحد الشريكين أن ينفرد بالتصرف في حق مشترك دون رضا شريكه[٢].

د. محمد خالد عبد الهادي هدايت

* * *

(١) انظر: العناية ٢/٤٨٥.

(٢) المغني ٨/٢٧٦ وهذا مذهب أبي يوسف ومحمد والشافعي وأحمد - في ظاهر مذهبه - بناءً على أن القصاص حق لكل وارث على سبيل الشركة، وليس لأحدهم أن يستقل به دون باقي الورثة خلافًا لأبي حنيفة، ومالك، لأن القصاص عندهما يثبت لكل وارث على سبيل الكمال انظر: المصدر السابق في الموضع نفسه، وبدائع الصنائع ٧/٢٤٢-٢٤٣، الشرح الكبير للدردير ٤/٢٥٧، التشريع الجنائي ٣/١٥٤، نظرية الضمان للزحيلي ص ٣٠٦.

رقم القاعدة: ٨٣٣

نص القاعدة: هَلْ يَجُوزُ التَّصَرُّفُ فِي المَمْلوكَاتِ قَبْل قَبْضِهَا؟[١].

ومعها :

١- كل عوض ملك بعقد ينفسخ بهلاكه قبل القبض لم يجز التصرف فيه قبل قبضه.

٢- جميع الديون يجوز التصرف فيها قبل القبض.

صيغ أخرى للقاعدة :

١- كل ما ملك بعقد سوى البيع فإنه يجوز التصرف فيه قبل قبضه[٢].

٢- هل يشترط القبض في التسليط على التصرف؟[٣].

---

(١) انظر: القواعد في الفقه لابن رجب الحنبلي ص ٧٨.

(٢) الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٥/٣٩١.

(٣) عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٢/٧٢١.

قواعد ذات علاقة :

١- كل عوض ملك بعقد ينفسخ بهلاكه قبل قبضه فالتصرف فيه غير جائز[١]. (متفرعة).

٢- جميع الديون يجوز التصرف فيها قبل القبض[٢]. (متفرعة عن أحد شطري القاعدة).

٣- ما اشترط القبض لصحة عقده لا يصح التصرف فيه قبل القبض[٣]. (قيد للقاعدة في أحد شطريها).

٤- كل تصرف يجوز من غير قبض إذا فعله المشتري قبل القبض لا يجوز وكل ما لا يجوز إلا بالقبض إذا فعله المشتري قبل القبض جاز[٤]. (شرح).

٥- كل من ابتاع شيئًا من طعام أو غيره لم يجز بيعه قبل قبضه[٥]. (متفرعة).

٦- التصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز[٦]. (متفرعة عن أحد شطري القاعدة).

٧- للموصى له أن يتصرف قبل القبض[٧]. (متفرعة).

---

(١) الدر المختار ١٤٨/٥.
(٢) بدائع الصنائع للكاساني ١١٧/٤.
(٣) القواعد لابن رجب ص٩٠.
(٤) البحر الرائق ٣٣٢/٥.
(٥) الحاوي للماوردي ٢٢٠/٥.
(٦) مجموعة الرسائل والمسائل لابن تيمية ٢١٥/٥.
(٧) بدائع الصنائع ١٨١/٥.

شرح القاعدة:

من معاني القبض في اللغة: جمع الكف على الشيء وقبضت الشيء قبضا: أخذته[١]. وقال ابن فارس: «القاف والباء والضاد أصل واحد صحيح يدل على شيء مأخوذ، وتجمع في شيء تقول: قبضت الشيء من المال وغيره قبضا»[٢]. ويستعار القبض لتحصيل الشيء وإن لم يكن فيه مراعاة الكف، نحو: قبضت الدار من فلان: أي حزتها، ويقال: هذا الشيء في قبضة فلان، أي في ملكه وتصرفه[٣].

أما في الاصطلاح، فقد اختلف تعريفه وتعدد نظرا إلى تعدد واختلاف المقبوض، لكن يكاد يتفق الفقهاء على أن القبض في العقار يكون بالتخلية، وفي غيره قد يكون بالنقل أو الكيل أو الوزن أو التخلية أو التناول[٤]. قال الكاساني: «معنى القبض هو التمكين والتخلي وارتفاع الموانع عرفا وعادة حقيقة»[٥]. وقال المواق: «حكم القبض انتقال الضمان إلى المشتري وصورته تحكم فيه العادة، فأما في العقار فتكفي التخلية، وكذلك فيما بيع على الجزاف، وما سوى ذلك فعلى حسب العادة فيه»[٦]. وعرفته الموسوعة الفقهية الكويتية بأنه «حيازة الشيء والتمكن منه، سواء أكان مما يمكن تناوله باليد أم لم يمكن»[٧].

---

(١) انظر: لسان العرب لابن منظور ٢١٤/٧.

(٢) مقاييس اللغة ٥٠/٥.

(٣) انظر: المفردات في غريب القرآن للراغب الأصفهاني ص٦٥٢.

(٤) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٢٤٤/٥، الشرح الصغير للدردير ١٢٣/٣، المجموع شرح المهذب للنووي ٢٧٥/٩ - ٢٧٦، المغني لابن قدامة ٨٥/٤، المحلى لابن حزم ٣٦٥/٦، ٤٧٢/٧.

(٥) بدائع الصنائع ١٤٨/٥.

(٦) التاج والإكليل لمختصر خليل للمواق ٤١٣/٦ وقد نقل هذا التعريف عن ابن شاس وانظر: كذلك في تعريف العرف: بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير ١٩٩/٢ - ٢٠٠.

(٧) الموسوعة الفقهية الكويتية ١١٦/١٣، ٢٥٧/٣٢.

والمراد بالتصرف في القاعدة مطلق التصرف، فيشمل البيع والإجارة والحوالة والرهن والإبراء وغيرها من التصرفات.

والمملوكات: هي ما ملكه المكلف بسبب من أسباب التملك.

وأسباب التملك كثيرة، ومنها:

١- عقود المعاوضات كالبيع، والصلح، والمزارعة، والمساقاة، والمضاربة.

٢- عقود التبرعات، كالهبة، والصدقة، والوقف، والوصية، والنذر.

٣- ما يملك بغير عقد، كالاستيلاء على المباح، والإرث، وإحياء الموات، والغنيمة، والخُمس، وتملك اللقطة بشروطه.

٤- ما يفيد ملك المنفعة بعقد معاوضة، كالإجارة.

٥- ما يفيد ملك المنفعة بعقد تبرع، كالعُمرى والرُّقبى[1].

ومعنى القاعدة: أنه إذا دخل شيء في ملك الإنسان بأي سبب من أسباب الملك ولم يقبضه، فهل يحق له التصرف في هذا الشيء المملوك قبل قبضه بأي شكل من أشكال التصرف، أم لا؟

فالقاعدة خلافية كما يبدو من صيغتها المختارة، والخلاف فيها أكثره في التصرف في عقود المعاوضات قبل القبض كما سيأتي.

وقد اتفق الفقهاء على جواز التصرف في الأعيان المملوكة بعد قبضها، لكنهم اختلفوا في مشروعية التصرف فيها قبل قبضها، سواء ملكت بعقد معاوضة أو عقد تبرع أو بغير عقد.

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٣٨٢، القواعد والفوائد للعاملي ص٣٦ – ٣٧.

والتصرف في المبيع بالبيع قبل القبض، ذهب فيه الحنفية إلى عدم جوازه، سواء أكان المبيع طعاما أم غيره، واستثنوا من ذلك العقار المبيع فأجازوا التصرف فيه قبل القبض لانتفاء غرر الانفساخ[1] قال السرخسي رحمه الله: «ليس لمشتري الطعام أن يبيعه قبل أن يقبضه لما روي أن النبي ﷺ نهى عن بيع الطعام قبل أن يقبض. وكذلك ما سوى الطعام من المنقولات لا يجوز بيعه قبل القبض عندنا»[2].

أما المالكية فذهبوا إلى عدم جواز بيع الطعام دون غيره من الأشياء قبل قبضه، سواء أكان الطعام ربويا كالقمح، أم غير ربوي كالتفاح، بشرطين: الأول: أن يكون الطعام مأخوذا بطريق المعاوضة، كالإجارة أو الشراء أو الصلح أو أرش الجناية أو غيرها من المعاوضات فإذا كان الطعام مأخوذا بغير معاوضة كأن يكون بهبة أو ميراث، أو غيرها، فيجوز بيعه قبل قبضه والشرط الثاني: أن تكون المعاوضة بالكيل أو الوزن أو العدد، فلو اشترى طعاما كيلا، لم يجز له بيعه قبل قبضه، لا جزافا ولا كيلا أما إذا اشترى الطعام جزافا[3]، فيجوز له بيعه قبل قبضه مطلقا، سواء أباعه جزافا أم كيلا، لكن بشرط تعجيل الثمن؛ لئلا يؤدي إلى بيع الدين بالدين[4] أما سائر التصرفات سوى البيع فتجوز عندهم قبل القبض قال ابن شاس: «فإن قيل: هل يشترط القبض في التسليط على التصرف بالبيع وغيره؟ قلنا: أما سائر وجوه التصرفات سوى البيع فلا يقف على القبض، وأما البيع فيختلف حكمه باختلاف الأعيان المبيعة وهي ضربان: طعام وغير

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي ٨/١٣ - ٩، بدائع الصنائع للكاساني ١٨٠/٥، الدر المختار مع حاشية ابن عابدين ١٤٧/٥، تبيين الحقائق مع حاشية الشلبي ٨٠/٤.

(٢) المبسوط ٨/١٣.

(٣) أي من غير معرفة قدره على التحديد.

(٤) انظر: بداية المجتهد لابن رشد١٤٣/٢، الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي ١٥١/٣، ١٥٢، الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي ١٥١/٣، المنتقى للباجي ٢٧٩/٤، ٢٨٠، ٢٨٣.

طعام، فغير الطعام والشراب من سائر المبيعات من العروض والعبيد والحيوان والعقار، وما ينقل ويحول أو لا ينقل ولا يحول فبيعه جائز قبل قبضه في الجملة ما لم يعرض فيه ما يمنع منه وأما الطعام فقد ورد النهي عن بيعه قبل قبضه، فلا يجوز فيما تعلق به منه حق توفية من كيل أو وزن أو عدد أن يباع قبل قبضه أو يعاوض عليه، إلا أن يكون على غير وجه المعاوضة كالقرض والبدل فيجوز ثم لا يجوز لمن صار إليه ذلك أن يعاوض عليه قبل قبضه وأما ما ابتيع منه جزافًا أو مصبرًا فبيعه جائز قبل نقله إذا خلى البائع بينه وبينه والمشهور من المذهب: أن المنع من بيع الطعام قبل قبضه خاص بجنس الطعام وعام فيه، فلا يعدوه إلى غيره ولا يقتصر على بعضه ورأى ابن حبيب أنه يتعدى إلى كل ما فيه حق توفية وأشار ابن وهب في روايته إلى تخصيصه بما في الربا من الأطعمة خاصة»[(١)].

وعند الشافعية: لا يجوز التصرف في الأعيان المملوكة بعقد معاوضة قبل القبض بالبيع.

ولا بغيره من التصرفات، كالإجارة والهبة والرهن والإقراض، أو جعله صداقا أو أجرة أو عوضا في صلح أو رأس مال سلم ونحوها، سواء كان المبيع مطعوما أو غير مطعوم، وسواء أكان عقارا أم منقولا، ومقدرا أم جزافا ولا يصح عندهم من التصرفات قبل القبض إلا الوقف[(٢)].

وذهب الحنابلة إلى أن جواز تصرف المشتري في المبيع قبل قبضه مرتبط بالضمان، فما كان من ضمانه جاز تصرفه فيه قبل قبضه، وما كان من ضمان

---

(١) عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة لابن شاس ٧٢١/٢.

(٢) انظر: الأم للشافعي ٦٠/٣، المجموع شرح المهذب للنووي ٢٦٤/٩، روضة الطالبين ٥٠٦/٣، البيان في مذهب الإمام الشافعي للعمراني ٦٧/٥ - ٧٠، مغني المحتاج للشربيني ٦٩/٢ ويرون صحة بعض التصرفات التي لم تعد موجودة في هذا العصر، مثل: العتق والتدبير والاستيلاد وتزويج الجارية المشتراة قبل قبضها.

البائع لم يجز تصرف المشتري فيه قبل قبضه ما عدا بعض الصور فالبيت المعين مثلاً من ضمان المشتري فيجوز للمشتري التصرف فيه بمجرد العقد ولو لم يقبضه والمكيل والموزون من ضمان البائع فلا يجوز للمشتري التصرف فيه قبل قبضه[1] قال ابن رجب: «وفي المذهب طريقة أخرى وهي أنه تلازم بين التصرف والضمان»[2] فيجوز للمشتري في أصح الروايتين عندهم بيع الثمرة على رؤوس النخل قبل القبض مع أن الضمان على البائع ولا يجوز للمشتري التصرف قبل القبض في صبرة الطعام المشتراة جزافا على إحدى الروايتين وهي اختيار الخرقي مع أنها في ضمانه[3] وفي رواية اختارها ابن عقيل أنه لا يجوز بيع شيء قبل قبضه سواء أكان منقولا أم عقارا، وإن أذن البائع، وقبض الثمن؛ لأنه لم يتم الملك عليه، فلم يجز بيعه، كما لو كان غير متعين، وكما لو كان مكيلا أو موزونا، مثل: أن يشتري متاعا، ويبيعه إلى آخر قبل قبضه من البائع، فهذا البيع باطل، وربحه لا يجوز؛ لأن المبيع في ضمان البائع الأول، وليس في ضمان المشتري منه، لعدم القبض[4].

أما الظاهرية فعندهم تفصيل، فقالوا: «أما القمح فإنه بأي وجه ملكه من: بيع، أو هبة، أو صدقة، أو صداق، أو إجارة، أو أرش، أو سلم أو قرض، أو غير ذلك: فلا يحل له بيعه حتى يقبضه»[5].

أما غير القمح، فإما أن يملكه بالبيع، أو بغير البيع، فإن ملكه بالبيع فلا يحل له أن يبيعه حتى يقبضه، ولكن «له أن يهبه، وأن يؤاجر به، وأن يصدقه،

---

(١) انظر: القواعد لابن رجب الحنبلي ص ٧٨، المغني لابن قدامة ٨٦/٤ -٨٧، شرح الزركشي على مختصر الخرقي ٥٤٤/٣ - ٥٤٦، شرح تحفة أهل الطلب ص ١٦٨.

(٢) القواعد لابن رجب الحنبلي ص ٧٨.

(٣) انظر: السابق.

(٤) انظر: المغني ٨٦/٤، القواعد لابن رجب ص ٧٨.

(٥) المحلى ٤٧٣/٧.

وأن يقرضه، وأن يسلمه، وأن يتصدق به قبل أن يقبضه، وقبل أن تطلق يده عليه».

وإن ملكه بغير البيع «لكن بميراث أو هبة، أو قرض، أو صداق، أو صدقة، أو سلم، أو أرش، أو غير ذلك جاز له بيعه قبل أن يقبضه، وأن يتصرف فيه بالإصداق، والهبة، والصدقة»[١].

وذهب قلة من الفقهاء منهم عطاء بن أبي رباح وعثمان البتي إلى جواز التصرف بالبيع قبل القبض مطلقا في كل شيء، سواء أكان المبيع عقارا أم منقولا، وسواء أكان مطعوما أم غير مطعوم، وسواء أكان فيه حق توفية أم لم يكن[٢] وهو قول للجعفرية[٣].

أما التصرف قبل القبض بغير البيع فيرى الحنفية أنه يجوز التصرف في المبيع قبل قبضه بالهبة والصدقة والإقراض والرهن والإعارة والوصية والعتق والتدبير والاستيلاد والتزويج، أما إجارته فلا تجوز عندهم مطلقا[٤].

أما المالكية فذهبوا إلى أنه يجوز التصرف في المبيع قبل قبضه بكل التصرفات إن لم يكن مطعوما، أو كان مطعوما ولكن ليس فيه حق توفية من كيل أو وزن أو عد، أما الطعام الذي يكون فيه حق توفية، فلا يجوز التصرف فيه بأي عقد من عقود المعاوضة قبل قبضه، لكن يجوز التصرف فيه قبل قبضه بغير

---

(١) المصدر نفسه.

(٢) انظر: المحلى ٤٧٦/٧، الاستذكار لابن عبد البر ٤٤٠/٦، المغني ٨٦/٤، طرح التثريب لزين الدين العراقي وولده أبي زرعة العراقي ١١٤/٦ قال الإمام ابن عبد البر: "قول البتي خلاف السنة الثابتة من أخبار الآحاد العُدُل وخلاف الجمهور فلا معنى له"

(٣) انظر: المختصر النافع ص ١٤٨.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ١٨٠/٥، الدر المختار مع حاشية ابن عابدين ١٤٧/٥ وما بعدها، شرح مجلة الأحكام العدلية للأتاسي ١٧٣/٢ وما بعدها.

المعاوضة، كالهبة والصدقة والقرض والشركة والتولية[١].

ويرى الشافعية -كما سبق- أنه لا يجوز التصرف في المبيع قبل قبضه بأي نوع من أنواع التصرفات؛ لضعف الملك، إلا الوقف[٢] قال النووي رحمه الله: «قال أصحابنا: كما لا يجوز بيع المبيع قبل القبض لا يجوز جعله أجرة ولا عوضا في صلح ولا إسلامه في شيء ولا التولية فيه ولا الاشتراك وفي التولية والاشتراك وجه ضعيف»[٣].

أما الحنابلة فذهبوا إلى أن ما اشتري من المقدرات بكيل أو وزن أو ذرع أو عد لا يجوز التصرف فيه قبل قبضه بإجارة ولا هبة ولا رهن ولا حوالة، قياسا على البيع؛ لأنه من ضمان البائع، لكن تجوز الوصية به وجعله مهرا وبدل خلع قبل أن يقبض؛ لاغتفار الغرر في هذه التصرفات أما ما اشتري جزافا من غير تقدير، فيجوز التصرف فيه قبل قبضه مطلقا بأي ضرب من ضروب التصرفات[٤].

أما الظاهرية فقد سبق بيان مذهبهم آنفًا.

أما التصرف في الثمن قبل القبض فقد اختلف فيه الفقهاء كما سيأتي[٥].

أما ما ملك بما سوى البيع من عقود المعاوضات فهو قسمان:

١- ما يخشى انفساخ العقد بتلفه وهلاكه قبل القبض.

٢- ما لا يخشى انفساخ العقد بتلفه وهلاكه قبل القبض.

---

(١) انظر: الفروق للقرافي ٢٨٢/٣ - ٢٨٣، المنتقى للباجي ٢٨٢/٤، عقد الجواهر الثمينة ٧٢١/٢.

(٢) انظر: المهذب للشيرازي ١٣/٢، المجموع شرح المهذب ٢٦٤/٩ -٢٦٥، مغني المحتاج للشربيني ٦٩/٢، طرح التثريب ١١٦/٦.

(٣) المجموع شرح المهذب ٢٦٥/٩.

(٤) انظر: القواعد لابن رجب ص٨٠، كشاف القناع للبهوتي ٢٤١/٣، ٢٤٢، شرح منتهى الإرادات ٥٨/٢.

(٥) انظر: صياغة القاعدة الفرعية "جميع الديون يجوز التصرف فيها قبل القبض"

وقد اختلف الفقهاء في كلا القسمين كما سيأتي[١].

أما عقود التبرعات كالهبة والهدية والصدقة والوصية والوقف والرهن والقرض والإعارة، فجمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية على أن ما ثبت فيه الملك بعقد لا معاوضة فيه يجوز التصرف فيه قبل قبضه[٢] لكن الظاهرية خالفوا في الطعام - وهو القمح خاصة عندهم- إذا كان مملوكا بعقد لا معاوضة فيه كالهبة والصدقة وغيرها، ففي هذه الحالة لا يجوز التصرف فيه بالبيع قبل القبض قال ابن حزم: «فإن ملك شيئاً ما أي شيء كان مما يحل بيعه بغير البيع، لكن بميراث أو هبة، أو قرض، أو صداق، أو صدقة، أو سلم، أو أرش، أو غير ذلك: جاز له بيعه قبل أن يقبضه، وأن يتصرف فيه بالإصداق، والهبة، والصدقة، حاشا القمح وأما القمح: فإنه بأي وجه ملكه من: بيع، أو هبة، أو صدقة، أو صداق، أو إجارة، أو أرش، أو سلم أو قرض، أو غير ذلك: فلا يحل له بيعه حتى يقبضه»[٣].

أما ما يملك بغير عقد، كالميراث والغنيمة والاستحقاق، فإذا ثبت الملك وتعين مقداره جاز لهم التصرف فيه قبل القبض لأن حقهم مستقر فيه ولا علاقة لأحد معهم ويد من هو في يده بمنزلة يد المودع ونحوه الأمناء وأما قبل ثبوت الملك فإذا لم يوجد سببه فلا يجوز التصرف فيه، كتصرف الوارث قبل موت مورثه، والغانم قبل انقضاء الحرب وقبل القسمة وإذا وجد سببه جاز التصرف قبل القبض، فيجوز للوارث مثلاً التصرف بكل أنواع التصرفات قبل القبض إذا مات المورث[٤].

---

(١) انظر: صياغة القاعدة الفرعية "كل عوض ملك بعقد ينفسخ فيه العقد بهلاكه قبل القبض لا يجوز التصرف فيه"

(٢) انظر: بدائع الصنائع ١٨١/٥، المنتقى للباجي ٢٨١/٤-٢٨٢، شرح مختصر خليل للخرشي ١٦٣/٥، المجموع للنووي ٢٦٤/٩-٢٦٦، المغني ٨٧/٤، القواعد لابن رجب ص٨٢-٨٣، المحلى ٤٧٣/٧.

(٣) المحلى ٤٧٣/٧.

(٤) انظر: القواعد لابن رجب ص٨٣، الهداية شرح البداية للمرغيناني ٢٢٧/٥، حاشية ابن عابدين ٢٣٣/٣، شرح مختصر خليل للخرشي ١٣٦/٣، الشرح الكبير للدردير ١٩٤/٢، حاشية القليوبي=

ويجوز التصرف في ملك المنافع بغير البيع قبل القبض، فمن استأجر عينا يجوز له إيجارها لآخر قبل قبضها[١]. وكذلك يجوز التصرف في جميع الأمانات للمالك قبل قبضها، كالوديعة في يد الوديع ومال الشركة ومال القراض والمرهون بعد انفكاكه والمال الباقي في يد الولي بعد بلوغ المولى عليه رشده؛ لأن الملك فيها تام، ولأن عين المال مقدور على تسليمها لا يخشى انفساخ الملك فيها، فجاز لمالكها التصرف فيها كما لو كانت في يده[٢].

والقاعدة كما سبق مختلف فيها، وقد حاول الإمام الشوكاني -رحمه الله- أن يوفق بين الأقوال المختلفة للفقهاء فيما يجوز وما لا يجوز من التصرفات قبل القبض، ووضع ما يمكن أن نعتبره ضابطا لذلك، فقال: «والأولى الجمع بإلحاق التصرفات بعوض بالبيع، فيكون فعلها قبل القبض غير جائز، وإلحاق التصرفات التي لا عوض فيها بالهبة المذكورة وهذا هو الراجح»[٣]. أي إن ما كان من قبيل المعاوضات فلا يصح التصرف فيه قبل القبض، وما كان من التبرعات فيجوز التصرف فيه قبل القبض.

والقاعدة مجالها واسع جدا، فيشمل بعض العبادات كالزكاة والصدقة والكفارات والنذر ويشمل كذلك المعاملات، كعقود المعاوضات وعقود التبرعات، وكل ما كان سببا للملك وتبرز أهمية القاعدة في هذا العصر خاصة في العقود المالية المستحدثة والتجارة الإلكترونية.

= على شرح المحلي على المنهاج ٤/ ٢٢٣، المغني ١٠/ ٤٨٧ وقد جوَّز الفقهاء لأمير الجيش التصرف بالبيع إذا دعت الحاجة لمصلحة الجيش وكذلك جوزوا الأكل من الغنيمة قبل القسمة للحاجة.

(١) انظر: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٤/ ٧، المهذب ١/ ٤٠٣، المغني ٤/ ٨٧، ٥/ ٤٧٨ وقيد الحنفية ذلك بالعقار دون المنقول انظر الفتاوى الهندية ٤/ ٤٢٥.

(٢) انظر: تحفة المحتاج للهيتمي ٤/ ٤٠٣، المغني ٤/ ٨٧، ٨٨.

(٣) نيل الأوطار ٥/ ١٨٩.

أدلة القاعدة[١]:

استدل القائلون بعدم جواز التصرف في المملوكات بمعاوضة قبل قبضها بأدلة، منها:

١- عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يقبضه» قال ابن عباس: وأحسب كل شيء بمنزلة الطعام[٢]. والحديث في ضوء زيادة ابن عباس المفسرة له يدل على عدم جواز بيع المبيع قبل قبضه طعاما كان أو غير طعام وقد حمل الشافعية على البيع غيره من التصرفات بطريق القياس[٣].

٢- عن حكيم بن حزام، قال: قلت: يا رسول الله، إني أبتاع هذه البيوع فما يحل منها وما يحرم علي؟ قال: «يا ابن أخي، لا تبيعن شيئًا حتى تقبضه»[٤]. فدل الحديث على أنه لا يجوز بيع أي شيء حتى يقبض، وقاس الشافعية على البيع ما سواه من التصرفات الأخرى التي تكون بمعاوضة[٥]. قال النووي في المجموع: «قال أصحابنا: كما لا يجوز بيع المبيع قبل القبض لا يجوز جعله أجرة ولا عوضا في صلح ولا إسلامه في شيء ولا التولية فيه ولا الاشتراك»[٦]. وقال الهيتمي:

---

(١) وقد ناقش كل فريق أدلة الآخر، وردوا على الاعتراضات الواردة على أدلتهم بما لا يتسع المقام لذكره.

(٢) رواه البخاري ٣/٦٧ (٢١٢٦)، ومسلم ٣/١١٦٠ (١٥٢٦).

(٣) انظر: نهاية المحتاج للرملي ٤/٨٦.

(٤) هذا اللفظ رواه الطبراني في المعجم الكبير ٣/١٩٦ (٣١٠٨)، والبيهقي في الكبرى ٥/٥١١ (١٠٦٨٥) والحديث أصله في الصحيحين.

(٥) انظر: طرح التثريب ٦/١١٦ قال: "قال الشافعية: يلتحق بالمملوك بالبيع ما كان في معناه وهو ما كان مضمونا على من هو في يده بعقد معاوضة كالأجرة والعوض المصالح عليه عن المال وكذا الصداق بناء على أنه مضمون على الزوج ضمان عقد وهو الأظهر".

(٦) المجموع ٩/٢٦٥.

«وكل عين مضمونة في عقد معاوضة كأجرة وعوض صلح عن مال، أو دم وبدل خلع أو صداق كذلك - أي لا يجوز التصرف فيها قبل القبض»(١).

٣- الإجماع على بعض فروع القاعدة، كالإجماع على منع بيع الطعام قبل قبضه فقد حكى ابن رشد هذا الإجماع فقال: قال ابن المنذر: «أجمع أهل العلم على أن من اشترى طعامًا فليس له أن يبيعه حتى يستوفيه» والإجماع على تحريم بيع المُسلَم فيه قبل قبضه(٢).

٤- دليل عقلي: وهو أن الملك قبل القبض غير مستقر؛ لأنه ربما هلك فانفسخ العقد وذلك غرر من غير حاجة فلم يجز(٣).

واستدل القائلون بجواز التصرف في المملوكات بمعاوضة قبل قبضها بأدلة، منها :(٤).

١- عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: كنا مع النبي ﷺ في سفر فكنت على بكر صعب لعمر، فكان يغلبني فيتقدم أمام القوم، فيزجره عمر ويرده ثم يتقدم فيزجره عمر ويرده، فقال النبي ﷺ لعمر: «بعنيه» قال: هو لك يا رسول الله. قال: «بعنيه» فباعه من رسول الله ﷺ فقال النبي ﷺ:«هو لك يا عبد الله بن عمر تصنع به ما شئت»(٥). ووجه الدلالة: أن رسول الله ﷺ قد اشترى الجمل، وأهداه قبل القبض؛

---

(١) تحفة المحتاج ٤٠٣/٤.

(٢) انظر: بداية المجتهد ١٤٤/٢، المغني لابن قدامة ٣٣٤/٤.

(٣) انظر: المجموع للنووي ٢٦٤/٩.

(٤) الاستدلالات المذكورة لا تشمل جواز التصرف بالبيع في الطعام قبل القبض لأن الإجماع منعقد على عدم جواز ذلك.

(٥) رواه البخاري في صحيحه ٦٥/٣ (٢١١٥).

لأن المهدى إليه وهو عبد الله بن عمر رضي الله عنهما كان راكبا على الجمل ولم يقبضه النبي ﷺ[1] وهذا تصرف فيما ملك بمعاوضة قبل القبض بالهبة.

٢- حديث أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: «من اشترى طعاما فلا يبعه حتى يكيله»[2]. وحديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ:«إذا ابتعت طعاما فلا تبعه حتى تستوفيه»[3]. ووجه الدلالة: أن التنصيص في هذه الأحاديث على النهي عن التصرف ببيع الطعام قبل قبضه يدل على أن غير الطعام بخلافه، فيجوز التصرف فيه بالبيع وغيره من التصرفات[4].

٣- القياس على ما مُلك بعقد تبرع كالوصية والهبة والهدية، فإنه يجوز التصرف فيها قبل القبض، وكذلك ما مُلك بغير عقد كالإرث، فيقاس عليهما ما ملك بعقد معاوضة[5] وكذلك فالمشتري له أن يزيل ملكه بالبيع كما يزال ملكه بالشفعة، فلما جاز أخذه بالشفعة قبل القبض جاز بيعه قبل القبض، وتحرير ذلك قياسا أنه عقار ملك على المشتري بعوض فلم يمنع منه تأخر القبض كالشفعة[6].

---

(١) انظر: فتح الباري ٤/٣٣٥.

(٢) رواه مسلم في صحيحه ٣/١١٦٢ (١٥٢٨).

(٣) رواه مسلم في صحيحه ٣/١١٦٢ (١٥٢٩).

(٤) انظر: البيان والتحصيل لابن رشد الجد ١٨/٤١، شرح مختصر خليل للخرشي ٥/١٦٦، التاج والإكليل للمواق ٦/٤٢٢.

(٥) انظر: بدائع الصنائع ٥/١٨١، المنتقى للباجي ٤/٢٨١ - ٢٨٢، المجموع ٩/٢٧١، كشاف القناع ٣/٤٥.

(٦) انظر: الحاوي ٥/٢٢١ وقد ذكر ذلك في معرض ذكر حجج المخالفين للشافعية.

تطبيقات القاعدة :

أولاً- تطبيقات هي أحكام جزئية :

١- لا يجوز للفقير أو المسكين الذي وجبت له الزكاة فتسلَّم سندا بنصيبه أن يبيعه قبل القبض؛ لأن الزكاة لا يجوز التصرف فيها قبل القبض.

٢- يجوز التصرف في العين المستأجرة قبل القبض بإيجارها لآخر؛ لأن ملك المنفعة يجوز التصرف فيه قبل قبضه[١].

٣- يجوز للوارث التصرف في الميراث قبل القبض بعد موت المورث؛ لأن ما ملك بغير معاوضة يجوز التصرف فيه قبل قبضه[٢].

٤- إذا صالح ولي الدم القاتل عن دم العمد بمال جاز له التصرف فيه قبل قبضه؛ لأن ما ملك بعقد لا ينفسخ العقد بهلاكه يجوز التصرف فيه قبل القبض[٣].

٥- البيت المعين والسيارة المعينة يجوز للمشتري التصرف فيهما بمجرد العقد ولو لم يقبضهما لأنهما من ضمانه، وما كان من ضمان المشتري يجوز التصرف فيه قبل القبض[٤].

٦- من باع أرضا معينة ببيت معين يجوز للبائع والمشتري التصرف فيما له قبل القبض[٥].

---

(١) انظر: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٧/٤، المهذب ٤٠٣/١، المغني ٤٧٨/٥ وقيد الحنفية ذلك بالعقار دون المنقول انظر الفتاوى الهندية ٤٢٥/٤.

(٢) انظر: حاشية ابن القيم على سنن أبي داود ٣٥٣/٩.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٣١٠١/٨، الفروق للقرافي ٢٨٢/٣، ٢٨٣، المجموع شرح المهذب ٢٧٠/٩، ٢٧١، المغني لابن قدامة ١٢١/٤، شرح ابن القيم على سنن أبي داود ٣٨٦/٩-٣٨٨.

(٤) انظر: القواعد لابن رجب ص ٧٨.

(٥) انظر: القواعد لابن رجب ص ٧٨، شرح تحفة أهل الطلب ص ١٦٩.

٧- إذا تسلم موظف المصرف فاتورة مبدئية من طالب الشراء، واشترى سلعة للبنك حسب الفاتورة بالهاتف أو غيره من وسائل الاتصال الحديثة، ثم أبرم عقد البيع مع طالب السلعة، وأعطاه شيكا بمبلغ الفاتورة لتسليمه للبائع واستلام السلعة منه، فلا تجوز هذه المعاملة؛ لأن البنك وإن كان قد تملك السلعة قبل أن يبيعها لطالبها، إلا أنه لم يتسلمها، لا حقيقة ولا حكما، ولم تدخل في ضمانه، ولأن التصرف ببيع المبيع قبل الملك لا يجوز.

٨- لا يجوز لمشتري بضاعة مشحونة في سفينة أو طائرة أن يبيعها قبل أن تصل البضاعة إلى الميناء أو المطار، ويتسلم البضاعة؛ لأن كل عقد ينفسخ العقد بهلاكه لا يجوز التصرف فيه قبل قبضه.

٩- يجوز لمن يستفيد من الضمان الاجتماعي أن يتصرف فيه بعد حلوله وقبل قبضه لأنه انعقد سبب تملكه بحلوله[١].

ثانيًا: تطبيقات هي قواعد فقهية:

التطبيق الأول من القواعد:

٨٣٤- نص القاعـدة: كلُّ عِوَضٍ مُلِكَ بِعَقْدٍ يَنْفَسِخُ بِهَلاَكِهِ قَبْلَ الْقَبْضِ لَمْ يَجُزِ التَّصَرُّفُ فِيهِ قَبْلَ قَبْضِه[٢].

ومن صيغها:

١- الأصل أن كل عوض ملك بعقد ينفسخ فيه العقد بهلاكه قبل القبض لا يجوز التصرف فيه[٣].

---

(١) انظر: أصله في القواعد لابن رجب ص٨٣، شرح تحفة أهل الطلب ص١٧١.

(٢) المغني لابن قدامة ٢٠٧/٨.

(٣) بدائع الصنائع ٢٩٩/٥.

٢- كل عوض مُلك بعقد ينفسخ بهلاكه قبل قبضه لم يجز التصرف فيه قبل قبضه[١].

٣- كل عوض ملك بعقد ينفسخ بهلاكه قبل قبضه فالتصرف فيه غير جائز، وما لا فجائز[٢].

٤- كل ما ملك بعقد ينتقض بهلاكه قبل قبضه لم يصح التصرف فيه قبل قبضه[٣].

٥- كل عوض ملك بعقد ينفسخ العقد فيه بهلاكه قبل القبض لم يجز التصرف فيه[٤].

٦- كل عوض ملك بعقد ينفسخ بهلاكه قبل القبض لا يجوز التصرف فيه قبل قبضه[٥].

٧- كل عوض يملك بعقد ينفسخ بهلاكه قبل القبض لا يجوز التصرف فيه قبله[٦].

شرح القاعدة:

اختلف الفقهاء في حكم اشتراط القبض في العقود[٧]، وبناء على ذلك فقد اختلفت أقوالهم في العقود التي يصح التصرف فيها قبل قبض المحل والتي لا يصح التصرف فيها قبل قبضه.

---

(١) الدر المختار ٥/١٩٥، المغني لابن قدامة ٤/٨٧.

(٢) الدر المختار ٥/١٤٨.

(٣) شرح الأزهار ٢/٢٥٨.

(٤) الدر المختار ٥/١٤٨، البحر الرائق لابن نجيم ٦/١٢٧، تبيين الحقائق ص٨١، ٤٣٧.

(٥) الشرح الكبير لابن قدامة ٤/١١٨.

(٦) المبدع شرح المقنع ٤/١٥.

(٧) من العقود ما يشترط القبض في صحته ومنها ما يشترط القبض للزومه ومنها ما يشترط القبض لنقل ملكية المعقود عليه.

ومما اختلف فيه الفقهاء: ما ملك بعقد من عقود المعاوضات، هل يجوز التصرف فيه قبل القبض أم لا؟

فالقاعدة عند الحنفية والحنابلة والزيدية: أن كل عوض ملك بعقد ينفسخ فيه العقد بهلاكه قبل القبض لا يجوز التصرف فيه قبل القبض، كالأجرة وبدل الصلح وكل ما لا ينفسخ العقد فيه بهلاكه فالتصرف فيه جائز قبل القبض، كالمهر وبدل الخلع وبدل الصلح عن دم العمد[(١)] وبيان ذلك أن الفساد هنا جاء من عارض وهو غرر الانفساخ الناشئ عن عدم القدرة على التسليم لاحتمال هلاك المعقود عليه، ولا يتوهم هذا الغرر في التصرفات التي لا تحتمل الفسخ، فكان القول بجواز هذه التصرفات عملا بالأصل ولانتفاء المانع[(٢)] لكن الحنابلة يشترطون فيما ينفسخ العقد بهلاكه ولا يجوز التصرف فيه قبل القبض أن يكون فيه حق توفية من كيل أو وزن أو ذرع أو عد، وكذلك فيما لا ينفسخ العقد بهلاكه فإنه لا يجوز التصرف فيه بالبيع وغيره قبل قبضه إذا احتاج لتوفية، وأما ما ليس فيه حق توفية فيجوز التصرف فيه قبل القبض[(٣)]. وعلى هذا فإذا كان لإنسان في يد غيره وديعة أو عارية أو مضاربة أو جعله وكيلا فيه، صح له التصرف فيها ببيعها لمن في يده ولغيره؛ لأنها عين مال مقدور على تسليمها لا يخشى انفساخ الملك فيها فجاز لمالكها التصرف فيها كما لو كانت في يده[(٤)].

وأما ما اشترط القبض فيه لصحة عقده فلا يصح التصرف فيه قبل القبض، كالصرف والسلم؛ لعدم ثبوت الملك[(٥)].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٢٩٩/٥، الدر المختار ١٤٨/٥، ١٩٥، البحر الرائق ١٢٧/٦، المغني لابن قدامة ٨٧/٤ – ٨٨، الإنصاف ٤٦٨/٤، شرح الأزهار ٢٥٨/٢، ٣٩/٣.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ١٨١/٥، المغني لابن قدامة ٨٧/٤ – ٨٨.

(٣) انظر: المغني لابن قدامة ٨٧/٤ – ٨٨، كشاف القناع عن متن الإقناع للبهوتي ٢٤٥/٣.

(٤) انظر: المغني ٨٧/٤ -٨٨.

(٥) انظر: بدائع الصنائع ١٨١/٥ – ١٨٢، القواعد لابن رجب ص ٧٨.

أما المالكية فقسموا عقود المعاوضات إلى ثلاثة أقسام[١]:

١- عقود يقصد منها المغابنة والمكايسة[٢]. وهي البيوع والإجارات والمهور والصلح والمال المضمون بالتعدي وغيره فهذه العقود وما في حكمها لا يصح التصرف فيها بالبيع ونحوه قبل القبض لأنه لا يجوز أن يتوالى عليها عقدان من جنس واحد أو من جنسين مختلفين على معين أو ثابت في الذمة من غير أن يتخللهما قبض؛ خشية الوقوع في الربا.

٢- عقود تكون على جهة الرفق، كالقرض وهذا النوع يجوز التصرف فيه قبل القبض.

٣- عقود تتردد بين المغابنة والرفق، فيصح أن تقع على الوجهين، كالشركة والإقالة والتولية، فهذه العقود وما في حكمها يصح التصرف فيما ملكت به قبل القبض بالبيع وغيره من التصرفات إذا لم تدخلها زيادة أو نقصان؛ لانتفاء العلة التي منعت التصرف فيها قبل القبض وهي كونها ذريعة للربا، كالعينة؛ لأنه إذا لم تدخلها زيادة أو نقصان فالمراد بها الرفق لا المغابنة[٣].

أما الشافعية فالأصل عندهم أن كل ما ملك بعقد من عقود المعاوضات لا يجوز التصرف فيه قبل القبض، كالمبيع والأجرة والصداق وبدل الخلع وبدل الصلح عن دم العمد والعلة في ذلك: ضعف الملك لتعرضه للانفساخ، وتوالي الضمان، ومعناه أن يكون مضمونا في حالة واحدة لاثنين، ففي عقد البيع يكون

---

(١) انظر: بداية المجتهد لابن رشد ٢/١٤٥ – ١٤٧.

(٢) المكايسة: أي المغالبة والمساومة انظر حاشية الدسوقي ٣/٢.

(٣) انظر: بداية المجتهد ٢/١٤٥ – ١٤٧، القوانين الفقهية لابن جزي ص١٧٠ – ١٧١، تهذيب الفروق للمالكي ٣/٢٨٧، المعونة للقاضي عبد الوهاب ٢/٩٧٠ - ٩٧٢.

المبيع مضمونا على البائع للمشتري الأول، ويكون مضمونا للمشتري الثاني على البائع الثاني فلو باع سلعة فوجد المشتري بها عيبا وفسخ البيع كان للبائع بيعها قبل أن يستردها ويقبضها، وإذا لم يؤد الثمن فللمشتري حبسها لاسترجاع الثمن وحينئذ فلا يصح بيعها[(١)].

أما الظاهرية فعندهم أن كل ما ملك بغير البيع يجوز التصرف فيه قبل القبض إلا القمح قال ابن حزم: «فإن ملك شيئًا ما أي شيء كان مما يحل بيعه بغير البيع، لكن بميراث أو هبة، أو قرض، أو صداق، أو صدقة، أو سلم، أو أرش، أو غير ذلك: جاز له بيعه قبل أن يقبضه، وأن يتصرف فيه بالإصداق، والهبة، والصدقة، حاش القمح»[(٢)].

ومن تطبيقاتها:

١- يجوز بيع العقار الذي لا يخشى هلاكه قبل قبضه، أما إذا تصور هلاكه، بأن كان علوا أو على شط نهر، فلا يصح بيعه؛ لأن كل عوض ملك بعقد ينفسخ بهلاكه قبل قبضه فالتصرف فيه غير جائز، وما لا فجائز[(٣)].

٢- يجوز لصاحب مال المضاربة أن يتصرف فيه قبل قبضه من المضارب، لأن ما لا ينفسخ العقد فيه بهلاكه فالتصرف فيه جائز قبل القبض[(٤)].

٣- يجوز للمرأة التصرف في صداقها المعين قبل قبضه؛ لأن النكاح لا ينفسخ بتلفه[(٥)].

---

(١) انظر: المهذب للشيرازي ٢٦٢/١ - ٢٦٣، المجموع ٢٦٤/٩ - ٢٦٧، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٤٥٦، مغني المحتاج ٦٨/٢ - ٦٩.

(٢) المحلى: ٤٧٣/٧.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ١٨٠/٥، حاشية ابن عابدين ١٤٧/٥.

(٤) انظر: المغني ٨٧/٤ - ٨٨.

(٥) انظر: المبسوط ٩/١٣، ٥٥/١٧، المغني ٨٧/٤ - ٨٨، كشاف القناع ٢٤٥/٣.

٤- إذا كان لإنسان في يد غيره وديعة أو عارية فيجوز له هبتها وبيعها؛ لأن ما لا ينفسخ العقد فيه بهلاكه فالتصرف فيه جائز قبل القبض[١].

٥- من استأجر سيارة لا يجوز له تأجيرها قبل قبضها لاحتمال تلفها فينفسخ عقد الإجارة فيها، وما ينفسخ العقد بتلفه لا يجوز التصرف فيه قبل القبض[٢].

التطبيق الثاني من القواعد :

٨٣٥- نص القاعدة: جَمِيعُ الدُّيُون يجُوز التَّصَرّف فيها قبلَ القَبْض[٣].

ومن صيغها :

١- التصرف في الدين قبل القبض جائز[٤].

٢- يجوز التصرف في الأثمان والديون قبل القبض[٥].

٣- يجوز التصرف في الأثمان قبل القبض إلا الصرف والسلَم[٦].

٤- التصرف في الأثمان وسائر الديون وضمان المتلفات ونحوها سوى الصرف والسلم جائز قبل القبض[٧].

---

(١) انظر: السابق.
(٢) انظر: المغني ٤/٨٧ – ٨٨، شرح تحفة أهل الطلب ص ١٧٠.
(٣) بدائع الصنائع للكاساني ٤/١١٧.
(٤) البحر الرائق ٤/٤٠٤.
(٥) الفتاوى البزازية ص ٣٦٦.
(٦) بدائع الصنائع ٥/٢٣٤.
(٧) تبيين الحقائق للزيلعي مع حاشية الشلبي ٤/٨٢.

٥- يصح التصرف في الثمن قبل قبضه[١].

٦- يجوز التصرف في الثمن قبل قبضه[٢].

شرح القاعدة:

الدين هو: «ما يثبت في الذمة من مال بسبب يقتضي ثبوته» والمراد به هنا حقوق العباد المالية التي ثبتت لهم بسبب معاوضة كالبيع والإجارة، أو بسبب قرض أو إتلاف أو جناية أو غير ذلك.

ومعنى القاعدة: أن صاحب الدين له أن يتصرف فيه قبل قبضه بيعا وهبة ووصية وحوالة وغيرها من التصرفات، إلا إذا كان الدين بسبب صرف أو سلم

والقاعدة محل اتفاق بين الفقهاء في بعض الصور ومحل خلاف في صور أخرى.

فيرى الحنفية[٣] والمالكية[٤] أن جميع الديون يجوز التصرف فيها قبل القبض إلا الصرف والسلم أما الصرف فلأن كل واحد من بدلي الصرف مبيع من وجه وثمن من وجه فمن حيث هو ثمن يجوز التصرف فيه قبل القبض، ومن حيث هو مبيع لا يجوز، فغلب جانب الحرمة احتياطا وأما السلم فلأن المسلم فيه مبيع بالنص، والاستبدال بالمبيع المنقول قبل القبض لا يجوز وهو قول الزيدية[٥].

---

(١) كشف الحقائق لعبد الحكيم الأفغاني ٢/ ٣٠.

(٢) حاشية ابن عابدين ٥/ ١٥٠، وانظر: تبيين الحقائق ٤/ ٨٢.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٥/ ٢٣٤، فتح القدير لابن الهمام ٢/ ٢٣٠، الاختيار للموصلي ٢/ ٥٠، مرآة المجلة ليوسف آصاف ص ١١٦، ١١٧عقد البيع لمصطفى الزرقا ص١٠٢.

(٤) انظر: بداية المجتهد لابن رشد ٢/ ١٤٥ – ١٤٧.

(٥) انظر: البحر الزخار ٤/ ٤٠٨.

ويرى الشافعية أن الديون المعينة لا يجوز التصرف فيها قبل القبض، سواء أكانت دراهم أم دنانير أم غيرهما؛ لأن الثمن المعين كالمبيع عندهم في تعلق الحق بالعين والمنع من التصرف فيه قبل القبض قال الهيتمي: «والثمن المعين كالمبيع في جميع ما مر فيه، ومنه فساد التصرف قبل قبضه»[١]. أما الديون التي في الذمة فالراجح عندهم أنه يجوز التصرف فيها قبل القبض إذا كان الملك عليها مستقرا، كغرامة المتلف وبدل القرض، وإن كان الدين غير مستقر فإن كان مسلما فيه فلا يجوز التصرف فيه قبل القبض، وإن كان ثمنا في بيع فالراجح عدم جواز تصرف البائع في الثمن؛ لضعف الملك[٢].

أما الحنابلة فذهبوا إلى أن كل عوض ملك بعقد ينفسخ بهلاكه قبل القبض لم يجز التصرف فيه قبل قبضه، كالأجرة وبدل الصلح إذا كانا من المكيل أو الموزون أو المعدود، وما لا ينفسخ العقد بهلاكه جاز التصرف فيه قبل قبضه، كعوض الخلع وأرش الجناية وقيمة المتلف وللبائع له أن يتصرف في الثمن المعين قبل قبضه، وكذلك يصح تصرفه في الثمن الذي في الذمة أما إذا كان الثمن مبهما فلا يجوز التصرف فيه قبل تمييزه وكذلك لا تصح تصرفات المتبايعين في بيع الصرف وفي رأس مال السلم قبل القبض[٣].

ومن تطبيقاتها :

١- يجوز للبائع قبل أن يقبض ثمن المبيع من المشتري أن يتصرف بهذا الثمن بيعًا وهبة ووصية وحوالة وغيرها من التصرفات[٤].

---

(١) تحفة المحتاج ٤/٤٠٣.

(٢) انظر: المجموع ٩/٢٦٣، تحفة المحتاج للهيتمي ٤/٤٠٣، مغني المحتاج للشربيني ٢/٦٩، شرح المحلي على المنهاج ٢/٢١٣، حاشية الجمل ٣/١٦١، ١٦٢.

(٣) انظر: القواعد لابن رجب ص ٧٩-٨٢، المغني ٨/٢٠٧، الإنصاف ٤/٣٣٨، مجلة الأحكام الشرعية ص١٤٩.

(٤) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١/٢٠٠.

٢- يجوز للزوج التصرف في بدل الخلع قبل قبضه؛ لأن الديون يجوز التصرف فيها قبل القبض[1].

٣- يجوز للزوج التصرف في بدل الخلع قبل قبضه؛ لأن الديون يجوز التصرف فيها قبل القبض.

فتحي السروية

* * *

(١) انظر: المغني ٤/٨٧ - ٨٨، شرح منتهى الإرادات ٢/١٧٦.

رقم القاعدة: ٨٣٦

نص القاعدة: مَا يَجِبُ بِاعْتِبَارِ المِلْكِ لاَ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلاَفِ سَبَبِ المِلْكِ[١].

قواعد ذات علاقة:

تبدل سبب الملك قائم مقام تبدل الذات[٢]. (تكامل).

شرح القاعدة:

الملك لغة - بفتح الميم وكسرها وضمها: هو احتواء الشيء والقدرة على الاستبداد به والتصرف بانفراد[٣].

واصطلاحا – كما يقول القرافي – «حكم شرعي مقدر في العين أو المنفعة يقتضي تمكن من يضاف إليه من انتفاعه بالمملوك والعوض عنه من حيث هو كذلك»[٤] وقال ابن الشاط: الملك هو تمكن الإنسان شرعا بنفسه أو بنيابة من الانتفاع بالعين أو بالمنفعة ومن أخذ العوض، أو تمكنه من الانتفاع خاصة[٥].

---

(١) المبسوط للسرخسي ١١٢/٢٦، وفي البناية شرح الهداية ٣٤٤/١٣ بلفظ: "ما يجب باعتبار الملك لا يختلف باختلاف أسباب الملك".

(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٩٨/١ وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٣) لسان العرب، والقاموس المحيط، مادة (م ل ك).

(٤) الفروق للقرافي ٢٠٩/٣.

(٥) إدرار الشروق على أنواء الفروق بهامش الفروق ٢٠٩/٣.

السبب لغة: الحبل واستعمل لكل شيء يتوصل به إلى غيره، والجمع أسباب[١].

والسبب في الاصطلاح: كل وصف ظاهر منضبط دل الدليل السمعي على كونه معرفا لحكم شرعي.

والمراد به في القاعدة ما توصل به لملك شيء ، حقا كان أو عينا.

ومعنى القاعدة: أن ما يجب للمكلف أو عليه باعتباره مالكا لشيء ما، لا يختلف استحقاقه بسبب اختلاف أسباب الملكية؛ فسبب التملك لا أثر له في المستحق على المكلف أو له، لأن الحكم بالوجوب إنما يتقرر بثبوت الملك للمكلف لا بسبب الملك.

ومثل السرخسي للقاعدة باستحقاق حق الشفعة حيث قال: «فيما يجب باعتبار الملك لا يختلف باختلاف سبب الملك كاستحقاق الشفعة»[٢] ولكنه قيَّد ذلك بكون الشفعة تختص بمقابلة مال بمال مطلقا، «وذلك يتأتى في المعاوضات، ولا يتأتى في التبرع؛ لأن الملك الذي يثبت للشفيع لا يكون حكم التبرع؛ ولأن الشفيع في المعارضة كان أحق بالعرض عليه قبل البيع، فإذا لم يفعل ذلك البائع جعله الشرع أحق بالأخذ؛ ليندفع الضرر عنه وهذا لا يوجد في التبرع، فإن من أراد أن يهب ملكه من إنسان فليس عليه أن يعرض بيعه أولا على جاره، ولا أن يهبه من جاره؛ فلهذا لا يستحق الشفعة بهذا السبب»[٣] ولذا لا تجب الشفعة عندهم في الشقص الموهوب، وهو المشهور عند مالك، وبه قال الشافعي[٤]، والحنابلة[٥].

---

(١) المصباح المنير وكذا لسان العرب، مادة: (سبب).
(٢) المبسوط للسرخسي ١١٢/٢٦.
(٣) المبسوط للسرخسي ١٤٠/١٤.
(٤) انظر: بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد (٤٢/٤).
(٥) انظر: شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٣٣٤/٢.

وقال ابن أبي ليلى بثبوت الشفعة في الموهوب إذا كان لا ينقسم؛ خلافا للجمهور[١] وكأنه استدل لذلك بالقاعدة التي بين أيدينا؛ قال - فيما عزاه له السرخسي: «ثبوت حق الشفعة لحاجته إلى دفع ضرر البادي بسوء مجاورة الجار الحادث، وذلك لا يختلف باختلاف سبب الملك فتجب له الشفعة متى تجدد الملك للجار الحادث بأي سبب كان من هبة، أو صدقة أو وصية، إلا الميراث، فالملك لا يتجدد به، وإنما يبقى الوارث ما كان ثابتا للمورث، ثم يدفع الضرر عن نفسه بالأخذ على وجه لا يلحق الضرر بالمتملك فإن كان المتملك دفع بمقابلته عوضا فعليه قيمة ذلك العوض، وإن لم يدفع بمقابلته عوضا فعليه قيمة ما يأخذ؛ لأن الضرر بذلك يندفع عنه»[٢].

والقاعدة وإن كانت معقولة المعنى فإنه لم يقع التصريح بها إلا عند الحنفية، ومجال تطبيقها يشمل العبادات والمعاملات.

أدلة القاعدة :

لأن الحكم بالوجوب إنما يتقرر بثبوت الملك للمكلف لا بسبب الملك[٣].

تطبيقات القاعدة :

١- من ملك نصابا من المال عن طريق الزكاة أو الصدقة أو الإرث أو الهبة أو الهدية ثم حال عليه الحول وجب عليه إخراج زكاته[٤]؛ لأن ما يجب باعتبار الملك لا يختلف باختلاف سبب الملك.

٢- إذا وجد قتيل في محلة قوم - ولم يعرف قاتله - وفيها من قد اشترى

---

(١) علما بأن في المذهب الشافعي رواية ثانية أن الشفعة تجب بكل ملك انتقل بعوض، أو بغير عوض، انظر: بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد ٤/٤٢.

(٢) المبسوط للسرخسي ١٤/١٤٠.

(٣) الموسوعة الفقهية للبورنو ٤/٣١٨.

(٤) موسوعة القواعد الفقهية للبورنو ٩/٣٣٤.

من دورهم، فالقسامة والدية على أهل الخطة دون السكان والمشترين، ما بقي في المحلة أحد من أصحاب الخطة وليس على المشترين من ذلك شيء في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله؛ وفي قول أبي يوسف، وهو قول ابن أبي ليلى: المشترون في ذلك كأصحاب الخطة؛ لأنهم قاموا مقام البائع ولأنهم ملاك لبعض المحلة كأصحاب الخطة وما يجب باعتبار الملك لا يختلف باختلاف سبب الملك كاستحقاق الشفعة[(١)].

٣- إذا وجد قتيل في السجن ولم يعرف قاتله فعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى ديته على بيت المال؛ لأن أهل السجن مقهورون في المقام في ذلك الموضع، وهم قل ما يقومون بحفظه وتدبيره إلا بقدر حاجتهم ثم ذلك الموضع معد لمنفعة المسلمين، فدية القتيل الموجود فيه تكون على المسلمين في بيت مالهم ولكن عند أبي يوسف رحمه الله تكون ديته على أهل السجن؛ لأنهم بمنزلة السكان في ذلك الموضع وما يجب باعتبار الملك لا يختلف باختلاف سبب الملك[(٢)].

٤- المشهور عند مالك أن الشفعة تجب إذا كان انتقال الملك بعوض كالبيع، والصلح، والمهر، وأرش الجنايات، وغير ذلك، وبه قال الشافعي، وعنه رواية ثانية أنها تجب بكل ملك انتقل بعوض، أو بغير عوض، كالهبة لغير الثواب، والصدقة[(٣)]، لأن ما يجب باعتبار الملك لا يختلف باختلاف سبب الملك.

الدكتور عبد اللطيف العلمي

* * *

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي ٢٦/١١٢.

(٢) المبسوط ١٧/١١٢.

(٣) ما عدا الميراث فإنه لا شفعة عند الجميع فيه باتفاق انظر: بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد ٤/٤٢.

رقم القاعدة: ٨٣٧

نص القاعدة: مُؤْنَاتُ المِلْكِ عَلَى الـْمَالِكِ[١].

ومعها:

١- مؤنة الملك على قدر الملك.

٢ - كل يد ضامنة يجب على ربها مؤنة الرد بخلاف يد الأمانة.

صيغ أخرى للقاعدة:

١- نفقة الملك على المالك[٢].

٢- النفقة من حقوق الملك[٣].

٣- كل مالك ملزم بنفقة مملوكه[٤].

٤- المؤنة تلحق المالك[٥].

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ١٥١/٦.

(٢) انظر: قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ١٦٩/٢.

(٣) درر الحكام لعلي حيدر ٣١٢/٢.

(٤) الكليات الفقهية لابن غازي ص ٥٣٠، القواعد الفقهية لخالد الزرعي ص ٧٥، انظر: المنثور للزركشي ٢٢٣/٣.

(٥) شرح مجلة الأحكام العدلية للأتاسي ٢٤٥/٤.

٥- الأصل أن نفقة المملوك على المالك إلا أن يصير معدا لانتفاع الغير[١].

٦- النفقة مرتبة على الملك[٢].

٧- من كان الشيء له كانت نفقته عليه[٣].

قواعد ذات علاقة :

١- الغرم بالغنم[٤]. (أعم).

٢- إصلاح الملك على المالك[٥].(متكاملة).

٣- مؤنة الملك على قدر الملك[٦]. (متكاملة).

٤- من كان ضامنا لعين فمؤنة ردها عليه[٧]. (متكاملة).

٥- النفقة تجب على من له المنفعة[٨].(استثناء).

٦- مؤنة الرهن على الراهن[٩].(أخص).

٧- مؤنة العارية على المالك[١٠].(أخص).

---

(١) حاشية الشلبي ٤١٦/٧، ٤١٧ ووردت في المبسوط مختصرة: "نفقة المملوك على المالك"٧٨/٢١.

(٢) الهداية للميرغيناني ٤٠٤/٤.

(٣) مجموع فتاوى ابن تيمية ١٠٦/٣٤.

(٤) العناية للبابرتي ٢٢٠/٩، مجمع الأنهر ٧٠٢/١ وبلفظ آخر: "المغرم مقابل بالمغنم" المبسوط ٦٧/٢٢، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٥) بدائع الصنائع ٢٠٩/٤.

(٦) الفتاوى الخانية ٢٨١/٣.

(٧) نهاية المحتاج ١٦٥/٤وبلفظ آخر: "كل يد ضامنة يجب على ربها مؤنة الرد بخلاف يد الأمانة" نهاية المحتاج ٥٦/٤.

(٨) الفتاوى الهندية ٥٦٩/١.

(٩) المقنع في فقه الإمام أحمد بن حنبل ١١٦/١.

(١٠) القواعد لابن رجب ص ٤٨ وبلفظ آخر: "نفقة العارية على المعير" شرح الخرشي ١٢٩/٦.

شرح القاعدة:

المقصود بالمُؤْنَةِ: ما يغرمه المالك لإحياء ملكه وصيانته[١]، وهي تشمل النفقات والضمانات التي تتقرر على الأملاك، والأصل العام الذي تفرعت عنه هذه القاعدة هو «الغرم بالغنم»[٢].

والمراد بالملك والمملوك هنا: ما يملكه المالك من أصول أو منقولات بحيث يكون له القدرة على التصرف فيه والانتفاع به على وجه لا تتعلق به تبعة أو غرامة[٣].

ومعنى القاعدة: أن الأعيان المملوكة للأشخاص سواء كانوا أشخاصا طبيعيين كالإنسان أو أشخاصا اعتباريين كالشركات والمؤسسات إذا تقررت عليها نفقات لحفظها وصيانتها وإصلاحها تكون عليهم ولا يلزم غيرهم ممن تكون تحت أيديهم بأسباب شرعية أخرى كالمستأجِرين والمودَعِين والمرتَهِنين والملْتَقِطِين ونحوهم.

ولا يلزم من إلحاق النفقة بالملك وترتبها عليه إجبار المالك على ذلك - إلا إذا كان حيوانًا، فقد اختلف الفقهاء في إجباره بالإنفاق عليه[٤]، أو تعلق به حق الغير كالإنفاق على العين المرهونة[٥]؛ لأنه لا يجبر على إصلاح ملكه، وإن كانت هناك مضار تلحق الغير لامتناع المالك عن الإنفاق على صيانة العين المملوكة، كالمستأجر مثلاً، فله الحق في فسخ العقد الذي بينه وبين صاحب العين؛ لاعتبار عدم إنفاقه على صيانة العين المستأجرة عيبا في المعقود عليه[٦].

---

(١) انظر: الروضة البهية ٣٦/٢.
(٢) العناية للبابرتي ٢٢٠/٩، مجمع الأنهر ٧٠٢/١.
(٣) انظر: المنثور للزركشي ٢٢٣/٣.
(٤) انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية ٩٤/٤١.
(٥) انظر: المصدر نفسه ٢٣١/١١.
(٦) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٢٠٩/٤.

وهذه القاعدة مقيدة في إعمالها بأن لا يكون قابض الشيء معتديا، فإن كان الشيء في حوزة الغير بلا مسوغ شرعي كالمغصوب في يد الغاصب، فلا يحق له الرجوع على المالك بما تحمله من مؤنات مدة الغصب، وهذا ما عبر عنه السرخسي في شرح السير الكبير بقوله: «مؤنة المغصوب على الغاصب ما لم يرده»[١].

وقد وضع بعض الفقهاء قيدًا آخر أيضًا، وهو أن لا يصير الشيء المملوك للشخص معدًّا لانتفاع الغير بلا عوض، وهذا ما عبر عنه الشق الثاني من الصيغة الخامسة للقاعدة، والقاعدة السادسة من القواعد ذات العلاقة، فإذا حاز الغير الشيء بلا عوض للانتفاع كالمستعير، فإن نفقة العارية تكون عليه؛ لأن المعير فَعَلَ معروفا فلا يغرم أجرة معروف صنعه، وهذا ما ذهب إليه الحنفية وبعض المالكية والقاضي حسين من الشافعية خلافا لما ذهب إليه جمهور الشافعية والحنابلة والمالكية في المعتمد أن نفقة العارية التي بها بقاؤها مدة الإعارة كالطعام بالنسبة للدابة والصيانة بالنسبة للدار على المالك، موافقة للقاعدة محل الصياغة[٢].

ولقد خرّج الفقهاء عليها قواعد غيرها وضوابط كثيرة منها: «إصلاح الملك على المالك»[٣]، «مؤنة الملك على قدر الملك»[٤]، «من كان ضامنا لعين فمؤنة ردها عليه»[٥]، «الملك لذي روح يوجب نفقته على المالك»[٦]،

(١) شرح السير الكبير للسرخسي ٩٣٣/٣.
(٢) انظر المسألة بالتفصيل: تبيين الحقائق ٨٥/٥، شرح الخرشي ١٢٥/٦، منح الجليل ٧٥/٧، مغني المحتاج ٢٦٧/٢، كشاف القناع ٧٣/٤.
(٣) بدائع الصنائع ٢٠٩/٤.
(٤) الفتاوى الخانية ٢٨١/٣.
(٥) نهاية المحتاج ١٦٥/٤.
(٦) تحرير المجلة لكاشف الغطاء ٣٦/٥.

«نفقة الوديعة على المودع»[١]، «مؤنة الرهن على الراهن»[٢].

وهذه القاعدة معمول بمقتضاها لدى الفقهاء على اختلاف بينهم في بعض الفروع والجزئيات شأنهم في غالب القواعد الفقهية، ومجالها يشمل أبواب الفقه المتعلقة بأحكام الملك، ولا سيما ما يدخل منها في حقوق الملك وواجباته.

أدلة القاعدة:

قاعدة الغنم بالغرم ودليلها؛ لأن الأصل ودليله دليل على فرعه.

تطبيقات القاعدة:

أولاً: تطبيقات هي أحكام جزئية:

١- إذا استأجر شخص دارا ونحوها فإن النفقات اللازمة لصيانة العين المستأجرة وإصلاحها تكون على المؤجر؛ لأن العين المستأجرة ملك له[٣] ومؤنات الملك على المالك، اللهم إلا إذا تعدى المؤجر على العين المستأجرة أو فرط في حفظها، فإن الضمان يكون عليه عندئذ، بناءً على ما تقرر شرعًا من أن الأمين لا يضمن إلا بالتعدي أو التفريط.

٢- إذا انفق الملتقط على اللقطة غير متطوع بها، فله الرجوع بها على صاحبها عند ظهوره؛ لأنه مالك للقطة[٤]، ونفقة الملك على المالك.

٣- إذا رهن الشخص دابة أو بستانا أو نحوهما لآخر لقاء دين له عليه،

---

(١) الفتاوى الهندية ١/٥٦٩.

(٢) المقنع في فقه الإمام أحمد بن حنبل ١/١١٦.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٤/٢٠٩، الروضة البهية ٤/٣٥٦.

(٤) انظر: القواعد لابن رجب ص ١٣٨.

فإن مؤن العين المرهونة تكون على الراهن؛ لأنه المالك[١] والنفقة مرتبة على المالك.

٤- كل ما يتحمله المودع لديه من نفقات على الوديعة يحق له الرجوع بها على المودع لأن الملك له[٢] والنفقة تلحق بالملك.

٥- الرسوم المالية التي يرخص للسلطان شرعا أن يفرضها للمحافظة على أملاك القرية تقسم على مقدار الأملاك، لا على عدد الرؤوس؛ لأن مؤن الملك تقدر بقدره[٣].

ثانيًا: تطبيقات هي قواعد متفرعة:

التطبيق الأول من القواعد:

٨٣٨- نص القاعدة: مؤنة الملك على قدر الملك[٤].

ومن صيغها:

١- مؤن المال المشترك يجب تقسيطها على قدر الملك[٥].

٢- المؤونة المتعلقة بالملك تقسم على قدر الأملاك[٦].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ١٥١/٦، المحلى لابن حزم ٣٧١/٦، البحر الزخار ١٢٠/٥، الروضة البهية ٨١/٤، شرح النيل وشفاء العليل ١٥٧/١١، الموسوعة الفقهية ١٨٧/٢٣ - ١٨٨.

(٢) انظر: الفتاوى الهندية ٥٦٩/١، مرشد الحيران لمحمد قدري باشا ص ١١٧، رمز الحقائق للعيني ١٤٣/٢.

(٣) انظر معنى هذا: شرح مجلة الأحكام العدلية للأتاسي ٩٧/٤، مرآة المجلة ليوسف آصاف ١٠٨/٢.

(٤) الفتاوى الخانية ٢٨١/٣.

(٥) الحاوي الكبير للماوردي ٢٤٩/١٦.

(٦) البيان شرح المهذب ١٢٩/١٣.

٣- مؤنة الملك تتقدر بقدر الملك[١].

٤- مؤنة الملك تقدر بقدره[٢].

٥- الغرامة لتحصين الأملاك تقسم على قدر الأملاك[٣].

٦- الغرامات إذا كانت لحفظ الأملاك فالقسمة على قدر الملك[٤].

٧- النفقة على قدر الملك[٥].

شرح القاعدة :

ومعناها : أن الشيء إذا كان مملوكا لأكثر من شخص بحصص متفاوتة كالنصف والثلث والسدس، وقد قُرِّرت عليه غرامات لتحصينه وصيانته سواء كانت في صورة نفقات أو ضمانات أو لحقت به خسارات فإن مقتضى العدل أن تقسم على الملاك كل بحسب حصته، وهذا ما تقرره هذه القاعدة.

وهذه القاعدة مجالها يشمل كافة الْمُؤَن المقررة على الأموال المشتركة في أبواب المعاملات، ومن المسائل الحديثة المنوطة بهذه القاعدة التكاليف السلطانية التي تقررها الحكومات على الأملاك كالضرائب، والجمارك، والرسوم سواء كانت إدراية أو قضائية أو غيرها فإنها تقسم على الملاك بقدر أنصبائهم ومقتضى القاعدة حاضر عند الفقهاء يدل على ذلك ما أوردوه في مصنفاتهم من تطبيقات.

---

(١) انظر: العقود الدرية لابن عابدين ٢/١٨٢.

(٢) انظر: مجمع الأنهر ٢/٤٨٩، الجوهرة النيرة ٢/٢٤٧.

(٣) الفتاوى الهندية ٥/٢٠٧، مرآة المجلة ليوسف آصاف ١/٤٩.

(٤) مجمع الضمانات ٢/٨٢٥ وانظر: ذخيرة الناظر للطوري ٨١/ب، واقعات المفتين لنقيب زاده ١/٢٢٦، عمدة ذوي البصائر لبيره زاده ٢١٢/ب، الفتاوى الخيرية ٢/١٥٩، مرآة المجلة ١/٤٩.

(٥) الفتاوى الهندية ٥/٣٨٨ وبعبارة أخرى: "ما أنفق على المال المشترك فعلى المال بالحصص" مطالب أولي النهى ٣/٥٠٩.

ومن تطبيقاتها:

١- لو كان البستان لأشخاص بحصص متفاوتة فإن تكاليف صيانته وقطف ثماره تقدر على ملاكه بقدر حصصهم[١]؛ لأن مؤونة الملك تتقدر بقدر الملك.

٢- إذا استأجر جماعة رجلاً ليقسم بينهم مالا يملكونه بنسب متفاوتة، فإن أجرة القسمة تكون عليهم كل منهم بحسب حصته في المال المقسوم[٢]؛ لأن مؤونة الملك على قدر الملك.

٣- لو أن نهرا بين قوم فاتفقوا على تحصينه بقنطرة ونحوها تكون النفقة عليهم على قدر حصصهم[٣]؛ لأن مؤنة الملك تقدر بقدر الملك.

٤- النفقات التي يغرمها الورثة فيما يتعلق بالتركة تقسم عليهم على قدر أنصبائهم[٤]؛ لأن مؤونة الملك تقدر بقدر الملك.

٥- إذا خيف الغرق على أموال لقوم ولا سبيل لتحصينها إلا بإهلاك بعضها، فالغرم على قدر حصصهم[٥].

٦- إذا كانت البئر مملوكة لأشخاص واتفقوا على تطهيرها أو إصلاحها

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ١٨٦/٦.

(٢) خلافا لما عند أبي حنيفة أن أجرة القسَّام في غير المكيل والموزون تكون على عدد الرؤوس تبيين الحقائق ٢٦٦/٥، العناية للبابرتي ٤٢٩/٩، أسنى المطالب٣٧٤/٢، مغني المحتاج ٣٣٣/٦، حاشيتا قليوبي وعميرة ٣١٧/٤، البحر الزخار ١٠٥/٥، التاج المذهب ٢٠٠/٣، ٢١٦، شرائع الإسلام ٩٢/٤.

(٣) انظر: الفتاوى الهندية ٢٥٨/٤.

(٤) انظر: شرح النيل وشفاء العليل١٢/٥٧٥.

(٥) انظر: واقعات المفتين لنقيب زاده ٢٢٦/١، عمدة ذوي البصائر لبيره زاده ٢١٢/ب، الفتاوى الأنقروية ٣٧١/٢، ذخيرة الناظر في الأشباه والنظائر ٨١/ب.

فإن نفقة ذلك كله تكون عليهم بحسب أنصبتهم[١]؛ لأن مؤنة الملك تقدر بقدر الملك.

٧- إذا كانت هناك دواب لقوم بحصص متفاوتة فإن النفقة عليها تقسم عليهم بحسب حصصهم[٢]؛ لأن مؤن الملك تقدر بقدره.

التطبيق الثاني من القواعد :

٨٣٩- نص القاعدة: كل يد ضامنة يجب على ربها مؤنة الرد بخلاف يد الأمانة[٣].

ومن صيغها :

- من كان ضامنا لعين فمؤنة ردها عليه[٤].

شرح القاعدة :

هذه القاعدة تعالج صورة من صور النفقات المقررة على الأملاك، وهي نفقات انتقال الشيء من يد الحائز العرضي كالمستأجر والمستعير والمودع لديه والملتقط والغاصب إلى يد مالكه.

وهي تفرق بين ما إذا كانت يد الحائز العرضي يد ضمان كالغاصب والمشتري بالنسبة للثمن والبائع بالنسبة للسلعة المبيعة وبين ما إذا كانت يده يد

(١) انظر: نصب الراية ٦/٧.

(٢) انظر: شرح الخرشي ٤/٢٠١، حاشية الدسوقي ٢/٥٢٢، حاشية العدوي ٢/١٣٥، بلغة السالك ٢/٧٤٩ وراجع أيضًا: المحلى لابن حزم ٦/٤٠٦، التاج المذهب ٤/١٨٣.

(٣) نهاية المحتاج ٤/٥٦.

(٤) نهاية المحتاج ٤/١٦٥، حاشية الجمل٣/٢١٦.

أمانة كالملتقط والمودع لديه والمستأجر، وتقرر أن مؤنات الرد تكون على الحائز العرضي إذا كانت يده يد ضمان بخلاف ما إذا كانت يده أمانة فإن نفقات الرد تستقر على مالك الشيء.

وهذا المعنى ليس بمطّرد في كل موضع، فقد تكون اليد يد أمانة ولكن تتحمل نفقات الرد، لاعتبار أن الحائز العرضي ينتفع بملك الغير بلا عوض على سبيل الإحسان والبر فحينئذ لا يليق أن يشدد على المالك بتحمل نفقات الرد، وهذا ما عبر عنه السرخسي بقوله: «رد العارية على المستعير»(١). وهذا المعنى هو ما عبر عنه الفقهاء أيضًا بقولهم: إن العين إذا كانت واجبة الرد وجب أن تكون مؤنة الرد على من وجب عليه ردها؛ لقول النبي ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»، ولأن المؤنة من ضرورات الرد، فإذا وجب عليه الرد وجب عليه ما هو من ضروراته كما في رد العارية(٢).

والقاعدة لم نقف على خلاف في أصلها، والاختلاف إنما يأتي في كون العين هل يجب ردها أو لا يجب، وهذا راجع في الأعم الأكثر إلى اختلافهم في كون اليد يد ضمان أو يد أمانة، كما في يد المرتهن(٣).

---

(١) المبسوط ٢٨/٢٠ وبألفاظ أخر "أجرة رد العارية على المستعير" تبيين الحقائق ١٤٠/٥ "على المستعير مؤن رد العارية وقيل: مؤنة ردها على المالك" الإنصاف للمرداوي ١٦٦/٦ "مؤنة رد العارية على المستعير" غمز عيون البصائر للحموي ١٦٢/٣.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ١٤٨/٧، المهذب ٤٠١/١، المنثور ٢٢٠/٣، كشاف القناع ٧٣/٤، الموسوعة الفقهية الكويتية ١٧٩/٢٢ - ١٨٠ وراجع أيضًا القوانين الفقهية حيث نص على أن " الذي يجب على الغاصب بحق المغصوب منه: أن يرد إليه ماله بعينه إن كان قائما، أو قيمته يوم الغصب إن كان فائتا"٤٩١/٢، وبنحوه في القوانين الفقهية ٢١٦/١ ومثله ما في حاشية الدسوقي (٢٤٠/٣): "البيع الفاسد والقرض الفاسد إذا شرط فيه رهن فدفعه المشتري أو المقترض فإن الرهن يكون فاسدًا، ويجب على المرتهن أن يرده للراهن" اهـ فإن ظاهر هذه النصوص أن من وجب عليه رد شيء وجبت عليه مؤنة رده، لأن الرد لا يتأتى إلا بذلك.

(٣) انظر: معنى هذا: غمز عيون البصائر ٥٢/٣.

ومن تطبيقاتها :

١- إذا فسخ عقد البيع فإن المشتري يلتزم بنفقات رد المبيع، والبائع يلتزم بنفقات رد الثمن(١)؛ لأن كل يد ضامنة يجب على ربها مؤنة الرد بخلاف يد الأمانة.

٢- مؤنة رد المبيع بعد الإقالة على البائع؛ لرضاه ببقاء المبيع أمانة بيد المشتري بعد التقايل(٢)؛ لأن كل يد ضامنة يجب على ربها مؤنة الرد بخلاف يد الأمانة

٣- يتحمل المؤجر نفقات رد العين المستأجرة؛ لأن يد المستأجر يد أمانة(٣)؛ لأن من كان ضامنا لعين فمؤنة ردها عليه.

٤- يتحمل صاحب اللقطة مؤنات الرد؛ لأن الملتقط أمين على الشيء الملتقَط(٤). ونفقات الرد تجب على الضامن لا الأمين.

٥- نفقات رد الوديعة تجب على المودع؛ لأن المودع لديه أمين، ومن كانت يده يد أمانة على الشيء فلا يتحمل مؤنة الرد(٥).

٦- يتحمل الغاصب نفقات رد الأشياء المغصوبة؛ لأن يده يد ضمان، ونفقات الرد تجب على الضامن(٦).

د. مبروك عبد العظيم أحمد

* * *

---

(١) انظر: نهاية المحتاج ١٦٥/٤.

(٢) انظر: مطالب أولي النهى ١٥٥/٣.

(٣) رمز الحقائق للعيني ١٤٣/٢وبلفظ آخر:" أجرة رد العين المستاجرة على المؤجرالقواعد لابن رجب ص ٤٨ فتح القدير ١٧/٩.

(٤) انظر: مطالب أولي النهى ٢٣٧/٤.

(٥) انظر: رمز الحقائق للعيني ١٤٣/٢.

(٦) القواعد لابن رجب ص ٣٥٢، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٤٦٨.

رقم القاعدة: ٨٤٠.

نص القاعدة: يَدُ الأَمِينِ كَيَدِ المَالِكِ[1].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- يد الأمين يد من ائتمنه[2].

٢- يد الأمانة كيد الملك[3].

٣- كل أمين يده يد المالك[4].

٤- يد الأمين يد صاحب المال[5].

٥- يد الأمين كيد صاحب الأمانة[6].

قواعد ذات علاقة:

١- لا ضمان على مؤتمن[7]. (أخص).

---

(١) المحيط البرهاني ١٧٨/٩ وفي لفظ: "يد الأمين يد المالك" البحر الزخار لابن المرتضى ٣١٤/٤ وبنحوه في بدائع الصنائع ٨٠/٧.

(٢) السيل الجرار للشوكاني ٦٢/٣.

(٣) انظر: الاختيار لتعليل المختار للموصلي ١٢٠/٤.

(٤) انظر: تكملة رد المختار ٤٩٤/٢ وفي لفظ: الأمين يده كيد المالك انظر: الدر المختار للحصكفي ٦٧٠/٥.

(٥) المحيط البرهاني ٤٠٢/٧.

(٦) انظر: المبسوط ١٢٠/١٣.

(٧) هو نص حديث رواه الدارقطني ٤١/٣(١٦٧)، والبيهقي في الكبرى ٢٨٩/٦ من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

٢- يد المودَع كيد المالك[١]. (أخص).

٣- يد الوكيل كيد موكِّله[٢]. (أخص).

شرح القاعدة:

المراد باليد في الاصطلاح الفقهي هو الاستيلاء على الشيء بالحيازة[٣]؛ فذو اليد هو من يضع يده على عين بالفعل، أو الذي يشبه تصرفه تصرف الملاك[٤].

وتنقسم الأيدي في الشريعة الإسلامية إلى ثلاثة أقسام:

الأول: يد الملك.

والثاني : يد الأمانة: وهي حيازة الشيء أو المال، نيابة لا تملكا، بإذن من رب المال، كيد المودَع، والمستعير، والمستأجر، والشريك، والمضارب وناظر الوقف، والوصي، ونحوهم، أو بإذن من الشارع كاللقطة عند أيام التعريف، أو المال المجهول المالك أو أموال الغُيَّب والقُصَّر عند الحاكم الشرعي، أو المأذون، أو المنصوب من قبله لأجل ذلك، وغير ذلك مما هو مثلها.

والثالث : يد الضمان: وهي حيازة المال للتملك أو لمصلحة الحائز، كيد المشتري والقابض على سوم الشراء، والمرتهن، والغاصب والمالك، والمقترض[٥].

---

(١) البحر الرائق ٤٤/٧، مجمع الأنهر ٤٩٦/٣.

(٢) مواهب الجليل ١٩٩/٥، ٥٧/٦، كشاف القناع ٢٦٨/٢ وانظر: أسنى المطالب ٢٧٨/٢.

(٣) انظر: المنثور للزركشي ٣٧٠/٣، الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة ص٦٤.

(٤) مجلة الأحكام العدلية، مادة (١٦٧٩).

(٥) انظر: بدائع الصنائع ٨٠/٧، الموسوعة الفقهية الكويتية ٢٥٨/٢٨، ٢٧٧/٤٥، القواعد الفقهية للبجنوردي ١٠/٢.

والقاعدة تتعلق بالقسم الثاني، وهي تعني أن المال الموجود بيد الأمين في حكم الموجود بيد صاحب المال حقيقة، وبناءً على ذلك يترتب على وجوده في يد الأمين جميع الآثار المترتبة عليه فيما لو كان بيد صاحبه فعلاً ومن أبرز ما يظهر فيه أثر القاعدة الأمور التالية:

- وجوب جميع الحقوق المالية عليه حالاً، مثل الزكوات، والكفارات المالية، والنفقات الواجبة، وأداء الديون، وكذلك أداء ضمان المتلفات وأروش الجنايات ونحو ذلك، فهو في كل هذه الأحكام يعتبر واجدًا للمال، وإن لم يكن المال بيده حقيقة، بل حكمًا.
- وأن رد العين إلى يد الأمين في الحفظ في حكم ردها إلى المالك نفسه من حيث براءة ذمة من كانت عنده على وجه الأمانة أو الضمان.
- ولو أن الأمين كان مأذونًا له في التصرف - بمقتضى العقد مثل الوكيل والأجير الخاص والمستعير (عند من يرى أنه غير ضامن). والمضارب، أو بحكم الشرع مثل الولي الخاص والحاكم - وعامل الصدقة ونحوهم - فما نتج عن فعلهم من غير تفريط ولا تعدٍّ لا يكون مضمونًا عليه، ولذلك قالوا: إن «هلاك المال في يد الأمين كهلاكه في يد صاحبه»[1].
- وما يشترط فيه خروج المال من يد الملك شرعًا فبقاؤه بيد أمينه لا يعتبر خروجًا من يده في الحكم.

ويتبين مما سبق أن القاعدة لا تعني أن يد الأمين كيد المالك مطلقًا، وأن الأمين له أن يتصرف فيما بيده من الأمانة تصرف المالك، كلا، فإن بطلان هذا التصور من البديهيات الشرعية والعرفية؛ لأن إطلاق التصرف لا يكون إلا للمالك خاصة، بل هي تعني أن يد الأمين تقوم مقام يد المالك في الأمور المذكورة آنفًا ونحوها.

---

(١) المبسوط ١١/١٧٦.

والقاعدة متفق عليها بين الفقهاء – من حيث الجملة- وهي تجري في كل موضع يكون فيه الشخص أمينًا على حق غيره.

أدلة القاعدة :

مستند هذه القاعدة هو ما عليه العمل من لدن عصر النبوة إلى يومنا هذا في اعتبار يد الأمين يد المالك - في الجملة – سواء أكان أمينًا في حفظ ماله، أو في تدبير شئونه ورعاية مصالحه،أو في غير ذلك من الأمور التي يجوز الائتمان عليها؛ لأن الأمين نائب عن المالك - في الغالب - فكان قائمًا مقامه.

تطبيقات القاعدة :

١- أجمع الفقهاء على وجوب الزكاة في مال السفيه، فهو في وجوبها عليه كالرشيد - وذهب الجمهور إلى أنه يدفعها عنه وليه كسائر تصرفاته المالية – كما اتفقوا على أن وليه ينفق من ماله على من تلزمه نفقته[١]، وما ذاك إلا لأن يد الولي – أو القاضي - كيد السفيه حكمًا، وإلا فإن المال ليس في يده حقيقة، بل في يد غيره.

٢- إذا عجل شاة عن أربعين، وكانت قائمة في يد الساعي عند تمام الحول ولم تتلف، صارت زكاة؛ لأن قيامها في يده كقيامها في يد المالك[٢]؛ لأن الساعي أمين، ويد الأمين كيد المالك.

وكذلك المعجَّل إذا لم يقع زكاةً، إن وصل إلى يد الفقير يكون تطوعا، وإن كان في يد الإمام قائما له أن يسترده؛ لأنه لما لم يصل إلى يد الفقير لم يتم الصرف؛ لأن يد المصدِّق في الصدقة المعجلة يد

---

(١) انظر: الموسوعة الفقهية ٥٩/٢٥، ٦٥.

(٢) انظر: فتح القدير لابن الهمام ٢٠٦/٢.

المالك من وجه، فكأنها لم تخرج من يده أصلاً[١].

٣- لو غصب العين المودَعة من المودع أو من المستأجر أو من المرهون عنده ثم رد إليهم برئ - على الراجح؛ لأنهم أمناء فيدهم كيد المالك[٢] وقيل لا يبرأ إلا بالرد إلى المالك.

٤- يجب القطع على من سرق شيئًا من مالكه - بشروطه - وكذلك من سرق من المودَع أو المستعير أو المضارب ونحوهم من الأمناء؛ «لأن يد أمينه يده فالأخذ منه كالأخذ من المالك»[٣].

٥- أحد شريكي المفاوضة - أو العنان - لا يصلح عدلا في رهن صاحبه بدين التجارة؛ لأن يد كل واحد منهما يد صاحبه، فكان ما في يد كل واحد منهما كأنه في يد صاحبه؛ فلم يتحقق خروج الرهن من يد الراهن، الذي هو شرط صحة الرهن وكذلك رب المال لا يصلح عدلا في رهن المضارب ولا المضارب في رهن رب المال، حتى لو رهن المضارب شيئًا من مال المضاربة بدين في المضاربة، على أن يضعه على يد رب المال، أو رهن رب المال على أن يضعه على يد المضارب لا يجوز الرهن؛ لأن يد المضارب يد لرب المال؛ فلم يتحقق خروج الرهن من يد الراهن؛ فلم يجز الرهن[٤].

٦- إذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع فله أن يرجع به على الموكل، فإن هلك المبيع في يده قبل حبسه هلك من مال

(١) انظر: بدائع الصنائع ٢/٥٢.

(٢) انظر: كفاية الأخيار للحسيني ص٢٨٢، قواعد ابن رجب ص٧٠، وراجع أيضًا: البحر الزخار ٥/١٧٩.

(٣) بدائع الصنائع ٧/٨٠.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٦/١٥٠.

الموكل ولم يسقط الثمن؛ لأن يده كيد الموكل، - لكونه أمينه - فإذا لم يحبسه يصير الموكل قابضا بيده[١].

٧- استأجر حمالاً ليحمل له حملاً إلى بلد فحمله، فقال له صاحبه: أمسكه عندك فأمسكه فهلك، لا ضمان عليه بلا خلاف؛ لأنه ليس له حق الحبس، فإذا قال: أمسكه كان أمانة في يده وهلاك الأمانة في يد الأمين لا يوجب الضمان عليه[٢]؛ لأن يده كيد المالك.

٨- ما وهبه الأب لطفله فإن الهبة تتم بمجرد العقد؛ لأن الموهوب في يد الأب فلا يحتاج إلى قبض جديد - لأن الأب أمين في مال طفله - سواء كان في يده حقيقة أو حكمًا، كأن كان في يد مودَعه أو غيره من الأمناء؛ لأن يد الأمين كيد المالك[٣].

٩- القاضي لو أخذ المغصوب من الغاصب ليحفظه للمالك هل يبرأ الغاصب من الضمان؟ وجهان [عند الشافعية] أقيسهما البراءة؛ لأن يد القاضي نائبة عن يد المالك[٤]؛ لأن القاضي أمين الشرع.

١٠- لو أودع المشتري المبيع عند أجنبي – غير البائع - وأمر بالتسليم إليه أو أعاره يصير قابضا؛ لأن يد أمينه كيده[٥].

د. محمد خالد عبد الهادي هدايت

* * *

(١) هذا هو المذهب عند الحنفية انظر: الهداية ٣/ ١٤٠.

(٢) المحيط البرهاني ٧/ ٥٠٤.

(٣) انظر: درر الحكام شرح غرر الأحكام ٧/ ١٥، مجمع الأنهر ٣/ ٤٩٦ – ٤٩٧.

(٤) روضة الطالبين ٥/ ٣٩٣.

(٥) انظر: تحفة الفقهاء ٢/ ٤٢.

رقم القاعدة: ٨٤١

نص القاعدة: المِلْك أقْوَى مِن اليَدِ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- الملك مقدم على اليد[٢].

٢- ملك الرقبة أقوى من ملك اليد[٣].

قواعد ذات علاقة:

١- اليد دليل الملك[٤]. (تكامل).

٢- الظاهر حجة في دفع الاستحقاق لا في إثباته[٥]. (تكامل).

٣- إزالة الملك أقوى من إزالة اليد[٦]. (تلازم).

٤- التصرف بالملك أقوى من التصرف بالولاية[٧]. (أخص).

---

(١) الحاوي في فقه الشافعي للماوردي ١٧/٣٧٥، تبيين الحقائق للزيلعي ٥/٢٢٦.
(٢) البيان للعمراني ١٣/١٧٤.
(٣) الجوهرة النيرة للعبادي اليمني ٢/٣٩٣.
(٤) بدائع الصنائع للكاساني ٥/٤٥، النوادر والزيادات لابن أبي زيد ٩/٥، تحفة المحتاج ٦/٢٢٧، المغني لابن قدامة ٤/٣٠ وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.
(٥) المبسوط للسرخسي ١٧/٥٠ وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.
(٦) شرح العمدة لابن تيمية ٣/١٥١.
(٧) التجريد للقدوري ٨/٣٧.

٥- الملك أقوى من الرهن[١]. (أخص).

شرح القاعدة :

الملك: هو القدرة على التصرف ابتداء إلا لمانع[٢] والمراد بالقدرة في هذا التعريف: القوة الشرعية التي أفاضها الشارع ومنحها لمن حاز الشيء، فكان بها قادرًا على أن يتصرف فيه عن نفسه لا عن غيره إلا لعارض يحدُّ من أهليته، وعلى ذلك، فليس كل من الولي والوكيل والوصي وناظر الوقف مالكًا لما يتصرف فيه من المال، لأنهم لا يتصرفون فيه عن أنفسهم، وإنما يتصرفون فيه عن غيرهم، وكان كل من الصغير والمجنون والسفيه مالكًا؛ لأن لهم هذا التصرف لولا ما عرض من مانع.

وأما اليد: فالمراد بها الاستيلاء على الشيء بالحيازة[٣]، وذو اليد هو مَن يضع يده على عين بالفعل أو الذي يشبه تصرفه تصرف الملاك[٤].

تبين القاعدة التي بين أيدينا العلاقة بين اليد والملك ولأيِّهما يكون الحكم إذا وقع تعارض بينهما، فإذا كانت «اليد دليل الملك» - كما قررت ذلك القاعدة الشهيرة - فإن هذا الملك إنما هو بحسب الظاهر لا في نفس الأمر؛ فإن الأصل أن الشيء إذا كان في يد إنسان يتصرف فيه تصرف الملاك أنه مالكه، إلا أن هذا الظاهر لا يثبت به الاستحقاق؛ إذ قد يكون الشيء في يد غير مالكه كالشيء يكون في يد الوكيل أو المستعير أو المستأجر له، فإذا قامت بينة على أن هذا الشيء ملك لفلان اكتسبه بعقد أو إرث أو نحو ذلك من أسباب التمليك، ولم

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/ ٢٤٠.

(٢) فتح القدير ٩/ ١٢٥.

(٣) انظر: المنثور للزركشي ٣/ ٣٧٠، الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة ص ٦٤.

(٤) مجلة الأحكام العدلية، مادة (١٦٧٩).

يكن لصاحب اليد إلا وضع يده عليه أو كانت له بينة باليد والتصرف دون الملك - قُضِي بالشيء لمن شهدت له بينة الملك دون صاحب اليد، وهذا هو مقتضى كون الملك أقوى من اليد، هذا هو المراد من القاعدة.

ومن هنا يتبين أن الشريعة لا تعتبر وضع اليد مدة مثبتًا للملكية، فمضي المدة لا يعطي حقا لواضع اليد ولا يسقط حق المالك، وأقصى ما أعطته الشريعة للمدة الطويلة من قوة أنها جعلتها سببًا في منع سماع الدعوى عند الإنكار، أما مع الإقرار فالحق ثابت فيه والدعوى تكون مسموعة[١].

والقاعدة لا يعلم لها مخالف وكثير من فروع الفقهاء على اختلاف مذاهبهم متمشية معها ومبنية عليها، ومجالها يشمل كل ما يتعلق بإثبات الحقوق والتنازع فيها.

أدلة القاعدة:

١- عن وائل بن حجر رضي الله عنه قال: جاء رجل من حضرموت ورجل من كندة إلى النبي ﷺ، فقال الحضرمي: يا رسول الله، إن هذا قد غلبني على أرض لي كانت لأبي، فقال الكندي: هي أرضي في يدي أزرعها ليس له فيها حق، فقال رسول الله ﷺ للحضرمي: «ألك بينة؟» قال: لا، قال: «فلك يمينه»، قال: يا رسول الله، إن الرجل فاجر لا يبالي على ما حلف عليه، وليس يتورع من شيء، فقال: «ليس لك منه إلا ذلك»[٢].

فسؤال النبي ﷺ البينة من خصمِ مَن كانت الأرض في يده دليل واضح على تقديم الملك - وسبيل إثباته البينة - على اليد؛ إذ مقتضى هذا الطلب من ﷺ أنه إذا أتى بالبينة قضى له على صاحب اليد.

---

(١) انظر: الملكية ونظرية العقد للشيخ محمد أبو زهرة ص ١٤٦.
(٢) رواه مسلم في صحيحه ١/١٢٣ (١٣٩).

٢- عن زيد بن خالد الجهني رضي الله عنه أن النبي ﷺ سأله رجل عن اللقطة، فقال: «اعرف وكاءها وعفاصها ثم عرفها سنة، ثم استمتع بها، فإن جاء ربها فأدها إليه»(١).

فقول النبي ﷺ: «فإن جاء ربها فأدها إليه» مع كون اللقطة في يد الملتقط دليل بيِّن على تقديم صاحب الملك على صاحب اليد عند التنازع.

٣- قاعدة «الظاهر حجة في دفع الاستحقاق لا في إثباته» فإن اليد من الحكم بالظاهر فلا يثبت بها استحقاق بناء على هذه القاعدة.

تطبيقات القاعدة:

١- إذا تنازعا دارا في يد غيرهما، وأقام أحدهما البينة أن الدار كانت له منذ سنة، وأقام الآخر البينة أن الدار كانت في يده منذ سنة فإن جعلت الشهادة بهما موجبة للملك واليد في الحال، حكم بالدار لمن أقام الشهادة بقديم الملك، دون من أقامها بقديم اليد؛ لأن الملك أقوى من اليد(٢).

٢- إذا مات الغاصب فالمغصوب منه أحق به من سائر الغرماء، لأن الملك أقوى من اليد(٣).

٣- إذا ملك شخص صيدا بالاصطياد أو بابتياع وأفلت منه لم يزل ملكه عنه سواء طال مكثه عنه أو قصر وسواء بعد عنه في البر أو قرب من المصر، وسواء كان من الطير أو الدواب(٤) للقاعدة.

---

(١) رواه البخاري ١٢٤/٣ (٢٤٢٧) وفي مواضع أخر، ومسلم ١٣٤٦/٣ - ١٣٤٩ (١٧٢٢).
(٢) انظر: الحاوي في فقه الشافعي ٣٧٥/١٧.
(٣) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٢٢٦/١٥.
(٤) الحاوي للماوردي ٥٣/١٥، ٥٤.

٤- إذا شهدت إحدى البينتين لواحد بالملك والأخرى بالتصرف فإن الملك أقوى[١].

٥- ذهب جمهور أهل العلم إلى أن الملتقط يملك اللقطة بعد تعريفها حولا - على تفصيل واختلاف بينهم في ذلك - وذهبت الحنفية إلى أنها لا يملكها، وعلى القولين جميعا فإذا جاء صاحبها وجَب ردها إليه وإن تنازعا في ذلك؛ إذ الملك أقوى من اليد[٢].

د. عبد اللطيف العلمي

* * *

---

(١) جامع المقاصد للكركي ٤٦٧/٨.

(٢) انظر: تفصيل ذلك في بدائع الصنائع للكاساني ٤٣/١٦، حاشية الدسوقي ١٢١/٤، نهاية المحتاج ٣٣/١٨، كشاف القناع ٢٠٩/٤.



رقم القاعدة: ٨٤٢

نص القاعدة: مَالُ الـمُسْلِمِينَ لا يُمْلَكُ بِالاسْتِيلاءِ عَلَيْهِ[١].

صيغ أخرى للقاعدة :

١- مال المسلمين لا يُغْنَم[٢].

٢- مال المسلمين لا يصير غنيمة بحال[٣].

٣- المسلم وما في يده لا يغنم[٤].

---

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني ٣٦٧/٢، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع للشربيني ٢٢٥/١، حاشية البجيرمي على تحفة الخطيب ٣٤٨/٢ ووردت بلفظ "مال المسلم لا يملك بالاستيلاء عليه" مغني المحتاج للشربيني ١٠٣/٢، وبلفظ "مال المسلم لا يملك بمجرد الاستيلاء عليه" نهاية المحتاج للرملي ٩٨/٣.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ٦٥/٢، البحر الرائق ٢٥٣/٢، حاشية ابن عابدين ٣٢٢/٢ ووردت بلفظ "مال المسلم لا يغنم" المبسوط للسرخسي ٢١٤/٢، والمراد بالغنيمة - كما يظهر من سياق الكلام في هذه المصادر- أعم مما يؤخذ من العدو عنوة في الحرب، فالغنيمة في القاعدة بمعنى الاستيلاء ووضع اليد.

(٣) انظر: شرح السير الكبير ص ١٠٣٥، ٧١٨، ٧٥٢، ١٣٢٤، ١٨٨٥، قواعد الفقه للمجددي ص١١٧، وانظر المحيط البرهاني في الفقه النعماني لابن مازة ٣٦٦/٢.

(٤) الفتاوى الهندية ٢٢٤/٢ ووردت بلفظ "المسلم لا يغنم ما في يده" شرح السير الكبير للسرخسي ص٢٢٢٥.

قواعد ذات علاقة :

١- الأصل في الأموال العصمة[(١)]. (أصل وتعليل للقاعدة).

٢- لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي[(٢)]. (مكملة).

٣- لا ينـزع شيء من يد أحد إلا بحق ثابت معروف[(٣)]. (مكملة).

٤- لا توضع الأيدي على مال معصوم إلا لضرورة أو حاجة عامة[(٤)]. (استثناء للقاعدة).

٥- المسلم إذا استولى على مال مسلم آخر لا يصير ملكًا له[(٥)]. (أخص).

٦- لا يملك أحد مال أحد بجناية[(٦)]. (أخص).

٧- لا يملك الغاصب المغصوب[(٧)]. (أخص).

٨- مال أهل البغي لا يغنم[(٨)]. (فرع للقاعدة).

٩- أموال الخوارج لا تغنم[(٩)]. (فرع للقاعدة).

---

(١) الذخيرة للقرافي ٣٢٧/٦ وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٢) مجلة الأحكام العدلية المادة/٩٧ وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٣) تنقيح الفتاوى الحامدية ١١٨/١، شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٦٨، المدخل الفقهي للزرقا ١٠٩٠/٢.

(٤) القواعد الصغرى للعز بن عبد السلام ٩٢/١.

(٥) الغرة المنيفة في تحقيق بعض مسائل الإمام أبي حنيفة للغزنوي ١٦٩/١ وقد عزاها المصنف إلى الإمام الشافعي – رحمه الله، المجموع شرح المهذب – تكملة المطيعي ٣٤٦/١٩.

(٦) الأم للشافعي ٢٥٦/٣.

(٧) المهذب في فقه الشافعي للشيرازي ١٩٨/٢.

(٨) شرح السير الكبير ص ٢١٩٤.

(٩) المبسوط ١٢٧/١٠، شرح السير الكبير ٢١٩٤/١.

شرح القاعدة:

من معاني الاستيلاء في اللغة: وضع اليد على الشيء، والغلبة عليه، والتمكن منه[١].

واصطلاحا: عرفه الكاساني من الحنفية بأنه «إثبات اليد على المحل»[٢]. وعرفه ابن نجيم الحنفي بأنه «الاقتدار على المحل حالا ومآلا»[٣]. وعرفه بعض الشافعية بأنه «القهر والغلبة ولو حكما»[٤].

ومعنى القاعدة: أن أموال المسلمين وأملاكهم لا تُملك بوضع الغير يده عليها، ولا بالقهر أو الغلبة عليها، وتظل على ملك أربابها، سواء أكان المستولي عليها مسلمًا أم غير مسلم.

فالأصل في مال المسلمين العصمة، وهذا لا خلاف فيه بين الفقهاء، لكن إذا استولى أحد على مال المسلم بأي وسيلة غير شرعية، فهل يملكه أم لا؟ هذا محل خلاف بين الفقهاء.

فإذا كان المستولي على المال مسلما، فقد اختلف الفقهاء في تملكه له حسب وسيلة الاستيلاء.

فإن كان بالغصب أو التعدي أو السرقة: فيرى المالكية والشافعية والحنابلة أن الغصب والتعدي والسرقة لا تزيل الملك، ولا يتملك الغاصب أو السارق شيئًا بالاستيلاء[٥] أما الحنفية فذهبوا إلى أن الغصب والتعدي يزيلان الملك،

---

(١) انظر: المصباح المنير للفيومي ٦٧٢/٢ مادة (ولي).

(٢) بدائع الصنائع ١٢١/٧.

(٣) البحر الرائق لابن نجيم ١٠٣/٥.

(٤) حاشية القليوبي على شرح المحلي على منهاج الطالبين ٢٧/٣.

(٥) انظر: الشرح الكبير للدردير ٤٤٦/٣، الفواكه الدواني ٢٥٩/١، الأم للشافعي ٢٥١/٣، ٣٥٦، المهذب للشيرازي ١٩٨/٢، المغني ٢٠٥/٥ -٢٠٦.

فمن غصب شيئًا فقد لزم في ذمته ذلك الشيء، لكنه أصبح مالكا له، فإن باعه صح بيعه، وملكه المشتري وكذلك إن سرق شيئًا تعلق ثمنه بذمته فإن باعه صح بيعه وعليه الضمان[1].

وإذا كان الاستيلاء على مال المسلم بالقتال والغلبة، فإن كان في حرب مع المسلمين فقد اتفق الفقهاء على أن أموال البغاة التي لم يحاربوا بها لا تغنم ولا تقسم ولا يجوز إتلافها، بل يجب ردها إليهم، ويجوز للإمام أن يؤخر ردها إليهم دفعا لشرهم وكسرا لشوكتهم حتى يتوبوا وكذلك يرى جمهور الفقهاء في أموال البغاة التي يحاربون بها كالسلاح وغيره[2] وذهب الهادوية[3] من الزيدية إلى أنه يغنم ما استعملوه في القتال من مال وآلة حرب ويخمس[4].

أما إذا وجد مسلم مالا لآخر فاستولى عليه، كما في الكنوز الإسلامية أو التي يغلب على الظن نسبتها إلى أحد من المسلمين، بأن كان عليها نقش من النقوش الإسلامية، ككلمة التوحيد أو الصلاة على النبي ﷺ، أو اسم ملك من ملوك الإسلام، أو أية علامة أخرى من العلامات الدالة على نسبة الكنز إلى أحد من المسلمين فعند جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة: إذا وجد مسلم شيئًا من ذلك فإنه لا يملكه، ويأخذ حكم اللقطة في قول من حيث وجوب الالتقاط، والتعريف ومدته والتملك والانتفاع بها، وضمانها بعد

---

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٧/١٥٢، حاشية ابن عابدين ٥/٢١٩-٢٢٠.

(٢) الكافي لابن قدامة ٤/٥٤، الأحكام السلطانية للماوردي ١/٦٥، سبل السلام للصنعاني ٣/٢٦٠، الأحكام للهادي ٢/٤٩٧ - ٤٩٩.

(٣) فرقة من الزيدية تنسب إلى يحيى بن الحسين بن القاسم، الذي ولد سنة ٢٤٥هـ، عقدت له الإمامة باليمن، وحارب القرامطة فيها، وتوفي سنة ٩٨هـ.

(٤) سبل السلام ٣/٢٦٠، نيل الأوطار ٧/٣٥٥، الأحكام للهادي ٢/٤٩٧ - ٤٩٩، التاج المذهب ٤/٤٤٥.

التصدق؛ لأنه مال مسلم لا يُعرف على التعيين ولم يعلم زواله عنه[١] والقول الآخر: أنه لا يأخذ حكم اللقطة ويلزم واجده أن يحفظه أبدًا[٢].

أما استيلاء الكفار على أموال المسلمين، فقد اختلف الفقهاء فيه، هل يملكونه أم لا؟

فذهب الحنفية إلى أن الكفار إذا دخلوا دار الإسلام واستولوا على أموال المسلمين ولم يحرزوها بدارهم لا يملكونها، فلو ظهر عليهم المسلمون، واستردوا ما أخذوه، لا يصير ملكا للجيش ولا غنيمة، وعليهم رد الأموال إلى أربابها بغير شيء وكذلك لو استولى الكفار على أموال المسلمين وقسموها بينهم في دار الإسلام ثم ظهر عليهم المسلمون، فأخذوها من أيديهم، فإنهم يردونها على أصحابها بغير شيء[٣] أما إذا استولى الكفار عليها وأحرزوها بدارهم فإنهم يملكونها عند الحنفية والمالكية وفي قول للحنابلة؛ لأن ملك المسلم يزول بالإحراز بدار الحرب، فتزول العصمة، فكأنهم استولوا على مال مباح غير مملوك[٤].

وذهب الحنابلة في قول إلى أن الكفار يملكون مال المسلمين بالاستيلاء عليه سواء أحرزوه بدارهم أو لم يحرزوه؛ لأن القهر سبب يملك به المسلم مال

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٢/٦٥، المحيط البرهاني في الفقه النعماني ٢/٣٦٦، ٣٦٧، مواهب الجليل للحطاب ٢/٣٤٠، حاشية العدوي على شرح مختصر خليل للخرشي ٢/٢١٠، الفواكه الدواني للنفراوي ١/٣٣٩، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني ١/٤٩٦، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملي ٣/٩٨، مغني المحتاج ٢/١٠٣، المغني لابن قدامة ٣/٤٨.

(٢) المجموع شرح المهذب للنووي ٦/٩٧.

(٣) انظر: المبسوط ١٠/٥٢ -٥٣، بدائع الصنائع ٧/١٢٧ –١٢٨.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٧/١٢٧-١٢٨، حاشية ابن عابدين ٤/١٦٠، المدونة للإمام مالك ١/٥٠٣-٥٠٤، شرح مختصر خليل للخرشي ٣/١٢٤-١٢٨، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/١٨٧-١٨٨، المغني ٩/٢٧١.

الكافر، فكذلك يملك به الكافر مال المسلم كالبيع، ولأن الاستيلاء سبب الملك فيثبت قبل الحيازة إلى الدار، كاستيلاء المسلمين على مال الكفار، ولأن ما كان سببا للملك، أثبته حيث وجد، كالهبة والبيع[١].

أما الشافعية فذهبوا إلى أن الكفار لا يملكون أموال المسلمين وإن أحرزوها بدارهم؛ لأنه مال معصوم طرأت عليه يد عادية، فلم يملك بها كالغصب وإذا كان المسلم لا يملك مال المسلم بالاستيلاء عليه بغصب، فالمشرك أولى ألا يملكه[٢].

وهذه القاعدة من القواعد التي تؤكد اهتمام الشريعة بحفظ الأملاك المعصومة وحمايتها من الاعتداء عليها ومجال العمل بها كل ما هو ملك للمسلم، سواء أكان عينا أم منفعة.

أدلة القاعدة:

١- عن عبد الله بن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يشهدوا أن لا إله إلا الله وأن محمدا رسول الله، ويقيموا الصلاة ويؤتوا الزكاة، فإذا فعلوا عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها، وحسابهم على الله»[٣]. ووجه الدلالة من الحديث أن الإسلام عصم مال المسلمين، ولا يوجد ما يقيد الحديث فيبقى على عمومه[٤].

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة ٩/٢٧٤، ٢٧٥.
(٢) انظر: الأم للإمام الشافعي ٤/٢٦٨-٢٦٩، المهذب للشيرازي ٣/٢٩٣، المجموع شرح المهذب- تكملة المطيعي ١٩/٣٤٣.
(٣) رواه البخاري ١/١٤ (٢٥)، ومسلم ١/٥٣ (٢٢) من حديث عبد الله بن عمر، وهو مروي أيضا من حديث غيره.
(٤) انظر: الكافي لابن قدامة ٤/٥٤، الحاوي الكبير ١٤/٢٢١.

٢- قوله ﷺ: «كل المسلم على المسلم حرام، دمه، وماله، وعرضه»[١] وقوله: «إن دماءكم، وأموالكم، وأعراضكم، بينكم حرام»[٢] وقوله: «لا يحل مال امرئ إلا بطيب نفس منه»[٣]. ففي الأحاديث: بيان عصمة مال المسلم، وأنه حرام على كل أحد سواه، ولا يحل لأحد أخذه دون حق[٤].

٣- ما جاء في حديث عمران بن حصين -رضي الله عنه- قال: وأسرت امرأة من الأنصار وأصيبت العضباء، فكانت المرأة في الوثاق وكان القوم يريحون نعمهم بين يدي بيوتهم، فانفلتت ذات ليلة من الوثاق، فأتت الإبل، فجعلت إذا دنت من البعير رغا فتتركه حتى تنتهي إلى العضباء، فلم ترغ، قال: وناقة منوقة فقعدت في عجزها، ثم زجرتها فانطلقت، ونذروا بها فطلبوها فأعجزتهم، قال: ونذرت لله إن نجاها الله عليها لتنحرنها، فلما قدمت المدينة رآها الناس، فقالوا: العضباء ناقة رسول الله ﷺ، فقالت: إنها نذرت إن نجاها الله عليها لتنحرنها، فأتوا رسول الله ﷺ، فذكروا ذلك له، فقال: «سبحان الله، بئسما جزتها، نذرت لله إن نجاها الله عليها لتنحرنها، لا وفاء لنذر في معصية، ولا فيما لا يملك العبد»[٥]. ووجه الدلالة: أن المرأة أعادت ناقة النبي ﷺ التي استولى عليها الكفار، ثم نذرت أن تنحرها، فبين النبي ﷺ أنها لم تملكها بأخذها من المشركين، وأنها باقية على ملكه

---

(١) رواه مسلم ١٩٨٦/٤ (٢٥٦٤) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٢) جزء من حديث رواه البخاري ٢٤/١، ٣٣ (٦٧) وفي مواضع أخر، ومسلم ١٣٠٥/٣-١٣٠٦ (١٦٧٩) من حديث أبي بكرة الثقفي رضي الله عنه.

(٣) رواه أحمد ٢٩٩/٣٤ (٢٠٦٩٥)، والدارمي ١٦٤٩/٣ (٢٥٧٦) من حديث أبي حرة الرقاشي عن عمه رضي الله عنه.

(٤) انظر: المحلى ٣٠٩/٧.

(٥) رواه مسلم في صحيحه ١٢٦٢/٣ (١٦٤١).

قال الإمام ابن بطال –رحمه الله: «فهذا دليل على أن أهل الحرب لا يملكون علينا بغلبة ولا غيرها، ولو ملكوا علينا لملكت المرأة الناقة كسائر أموالهم لو أخذت شيئًا منها، ولو ملكتها لصح فيها نذره»[١].

٤- عن أبي هريرة رضي الله عنه، قال: قال رسول الله: «من أسلم على شيء فهو له»[٢]. والحديث على عمومه، فإذا أسلم الحربي في دار الحرب في المعركة قبل القدرة عليه عصم ماله فلا يجوز تغنمه أو الاستيلاء عليه[٣].

٥- حاصر رسول الله ﷺ بني قريظة، فأسلم ابنا سعية اليهوديان، فأحرز لهما إسلامهما أموالهما وأولادهما[٤]. ووجه الدلالة من الحديث أنه قد زالت أيديهما عن مالهما بخروجهما إلى المسلمين، ووقع في يد المسلمين بعد الفتح، ولم يغنمه المسلمون كذلك فقد أسلما قبل الأسر فوجب أن لا يغنم مالهما، كما لو كانت أيديهما عليه، ولأن من لم يُغنم ماله إذا كانت يده عليه لم يغنم وإن لم تكن يده عليه[٥].

٦- عن صخر ابن عيلة: أن قوما من بني سليم فروا عن أرضهم حين جاء الإسلام فأخذتها فأسلموا فخاصموني فيها إلى النبي ﷺ، فردها عليهم وقال: «إذا أسلم الرجل فهو أحق بأرضه وماله»[٦]. ففي رد

---

(١) شرح صحيح البخاري لابن بطال ٥/٢٢٧-٢٢٨ وانظر: البيان في مذهب الشافعي للعمراني ١٢/١٩٢، المجموع – تكملة المطيعي ١٩/٣٤٣.

(٢) رواه أبو يعلى الموصلي في مسنده ١٠/٢٢٦ (٥٨٤٧)، والبيهقي في الكبرى ٩/١٩٠ (١٨٢٥٩)، وفي معرفة السنن والآثار من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، ورواه سعيد بن منصور في سننه ١/٩٦ (١٨٩) (١٩٠) عن عروة بن الزبير وعن ابن أبي مليكة مرسلا.

(٣) انظر: الحاوي الكبير ١٤/٢٢١.

(٤) رواه البيهقي مطولا في الكبرى ٩/١٩٢ (١٨٢٦٣)، وقد ذكره الشافعي في الأم ٧/٣٨٣ بلا سند.

(٥) انظر: الحاوي الكبير ١٤/٢٢١.

(٦) رواه أحمد في مسنده ٣١/٧٠ (١٨٧٧٨) والحديث محمول على من أسلم قبل القدرة عليه.

النبي ﷺ عليهم ما أُخِذ منهم من مال لما علم بإسلامهم دليل على أن مال المسلم لا يملك بالاستيلاء عليه[١].

٧- فعل الصحابة رضي الله عنهم وأقوالهم تدل على أن أموال البغاة لا تغنم، ومنه ما روي أن علي بن أبي طالب رضي الله عنه كان لا يأخذ سلبا[٢]. وما روي عن جعفر بن محمد عن أبيه قال: أمر علي رضي الله عنه مناديه فنادى يوم البصرة: «لا يتبع مدبر، ولا يذفف[٣] على جريح، ولا يقتل أسير، ومن أغلق بابه فهو آمن، ومن ألقى سلاحه فهو آمن»، ولم يأخذ من متاعهم شيئًا[٤]. وما روي عن رجل من بني تميم قال: سألت ابن عمر رضي الله عنه عن أموال الخوارج، فقال: «لا أرى في أموالهم غنيمة»[٥]. وما روي عن ابن شهاب الزهري قال: «هاجت الفتنة وأصحاب رسول الله ﷺ متوافرون، وفيهم البدريون، فأجمعوا أنه لا يُقاد أحد، ولا يؤخذ مال على تأويل القرآن إلا ما وجد بعينه»[٦]. وهذا إن لم يعده البعض إجماعا فإنه مقوٍّ للبراءة الأصلية؛ إذ الأصل أن أموال المسلمين ودماءهم معصومة، فأموال البغاة المتأولين معصومة ولا تغنم[٧].

---

(١) انظر: نيل الأوطار للشوكاني ١٥٨/٨-١٦٠.

(٢) رواه سعيد بن منصور في سننه ٣٩٠/٢ (٢٩٤٨)، والبيهقي في الكبرى ٣١٤/٨ (١٦٧٤٦).

(٣) الذف الإجهاز على الجريح لقتله انظر: لسان العرب ١١٠/٩.

(٤) رواه عبد الرزاق في مصنفه ١٢٣/١٠ (١٨٥٩٠)، وابن أبي شيبة في مصنفه ٤٩٨/٦ (٣٣٢٧٧).

(٥) رواه ابن أبي شيبة في المصنف ٥٦٣/٧ (٣٧٩٣٦).

(٦) رواه ابن أبي شيبة في المصنف ٤٥٩/٥ (٢٧٩٦٣)، والبيهقي في الكبرى ٣٠٣/٨ (١٦٧٢٣).

(٧) انظر: سبل السلام للصنعاني ٢٦١/٣.

تطبيقات القاعدة :

١- إذا وُجد كنز مدفون ولا يُعرف صاحبه وعليه علامات الإسلام، كشكل النقود، فلا يجوز تملكه؛ لأنه قد يكون من وضع المسلمين، والموجود في باطن الأرض كالموجود على ظاهرها، فيكون بمنزلة اللقطة[١].

٢- لا يجوز التقاط لقطة المسلم بقصد تملكها، فإن فعل كان في حكم الغاصب، ويجب ردها لصاحبها إذا كانت موجودة عينا، أو بدلا إذا استُهلكت[٢]؛ لأن مال المسلم لا يملك بالاستيلاء عليه.

٣- إذا وقع قتال بين المسلمين بتأويل، أو ببغي إحدى الطائفتين على الأخرى، فقاتل المسلمون الطائفة الباغية، فانتصروا عليها، فلا يجوز لهم تملك أو قسمة أموال أو أسلحة الطائفة المهزومة، بل يجب ردّ الأموال والأسلحة إلى أصحابها، أو إلى ورثة من مات منهم؛ لأن مال المسلمين لا يملك بالاستيلاء عليه ويجوز تأخير رده إليهم حتى يتفرق جمعهم؛ لأن رده في الحال قد يقوي شوكتهم[٣].

٤- إذا استأجر المسلم أرضا من دار الحرب، ثم فتح المسلمون البلد، فالأرض غنيمة للمسلمين، ويظل ملك المسلم لمنافع الأرض المستأجرة باقيا حتى انتهاء المدة[٤]؛ لأن أموال المسلمين لا تُغنم، وكذلك إذا اشترى المسلم منهم دورا أو أراض، أو كان له وديعة أو

---

(١) انظر: المبسوط ٢/٢١٤، بدائع الصنائع ٢/٦٥، المحيط البرهاني في الفقه النعماني ٢/٣٦٧.

(٢) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام ١/٩٨، شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٤٩، مواهب الجليل ٦/٧٥-٧٦، الروضة البهية للعاملي، المجلد السابع، مبحث: وجوب تعريف اللقطة حولا.

(٣) انظر: المبسوط ١٠/١٢٧.

(٤) انظر: الحاوي الكبير ١٤/٢٢٢.

عاية أو دين فيها، فلا يغنمها المسلمون إذا فتحت، وتبقى على ملك صاحبها المسلم[١].

٥- إذا أسلم الكافر الحربي في دار الحرب قبل القدرة عليه وله مال وعقار وخرج إلى دار الإسلام، فظهر المسلمون على ماله وعقاره، فلا يصير غنيمة لهم، ويجب رده إليه[٢] لأن مال المسلم لا يملك بالاستيلاء عليه.

فتحي السروية

* * *

---

(١) انظر: مختصر المزني ٢٧٢/١، الحاوي الكبير ٢٢٢/١٤-٢٢٣، المغني ٢١٧/٩، الشرح الكبير لابن قدامة ٤٢١/١٠، المحلى ٣٠٩/٧، التاج المذهب ٤٤٥/٤.

(٢) وهذا قول المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية وأبو يوسف من الحنفية انظر الاستذكار لابن عبد البر ١٥٤/٥، الأم للشافعي ٢٧٨/٤، الأحكام السلطانية للماوردي ص٥٢، الحاوي الكبير ٢٢٠/١٤، مجموع الفتاوى ٣٧٤/١٠، المغني ٢١٧/٩، الشرح الكبير لابن قدامه ٤٢١/١٠، المحلى ٣٠٩/٧ وعند الظاهرية إذا أسلم في دار الحرب، ثم خرج إلى دار الإسلام، أو لم يخرج، أو خرج إلى دار الإسلام ثم أسلم، كل ذلك سواء وعند الحنفية سوى أبي يوسف: يصير العقار غنيمة للمسلمين، ولا يُغنم ما كان في يده من مال انظر المبسوط ٦٦/١٠، شرح فتح القدير ٤٨٦/٥.



رقم القاعدة: ٨٤٣

نص القاعدة: سَبِيلُ الكَسْبِ الـخَبِيثِ التَّصَدُّقُ إِذَا تَعَذَّرَ الرَّدُّ عَلَى صَاحِبِهِ[١].

ومعها :

من اختلط بماله الـحلال الحرام أخرج قدر الحرام والـباقي حلال له.

صيغ أخرى للقاعدة :

١- حق المال الخبيث التصدق به[٢].

٢- سبيل الخبيث التصدق[٣].

٣- سبيل المال الحرام هو التصدق[٤].

٤- الملك الخبيث[٥]. سبيله التصدق به[٦].

---

(١) تبيين الحقائق للزيلعي ٢٧/٦، البحر الرائق لابن نجيم ٢٢٩/٨، رد المحتار لابن عابدين ٣٨٥/٦ ووردت في المبسوط للسرخسي ١٧٢/١٢ بلفظ: "السبيل في الكسب الخبيث التصدق".

(٢) البناية للعيني ٥٨٦/٧.

(٣) صنوان القضاء ٣٩١/١.

(٤) فيض الباري للكشميري ٢٤٠/٥.

(٥) الأصل في السبب الخبيث أنه لا يفيد الملك، إلا أن بعض الفقهاء – كالحنفية - ذهبوا إلى أنه يفيد الملك بالضمان، كالعقد الفاسد إذا اتصل به القبض فإنه يفيد الملك، وكالمغصوب فإنه يملك بالضمان، إلا أنه يكون ملكا خبيثا يجب فسخه شرعا للتخلص من المعصية.

(٦) الاختيار لتعليل المختار للموصلي ٧٠/٣.

قواعد ذات علاقة:

١- التوبة بحسب الجناية[١]. (أصل للقاعدة).

٢- ما يتعذر إيصاله إلى المستحق يتصدق به[٢]. (أعم).

٣- من ارتكب محرما يمكن تداركه وجب عليه تداركه[٣]. (أعم).

٤- الكسب الحرام كالعدم[٤]. (مكملة).

٥- الكسب يتبع الأصل[٥]. (مكملة).

٦- الربح الحاصل بكسب خبيث سبيله التصدق به[٦]. (أخص).

٧- من اختلط بماله الحلال الحرام أخرج قدر الحرام والباقي حلال له[٧]. (أخص).

شرح القاعدة:

الكسب الخبيث هو: كل مال أخذ بالباطل أو: «أخذ مال الغير لا على وجه إذن الشرع»[٨]، وهو قد يكون بطريق الغصب والنهب وجحد الحقوق من الودائع والرهون ونحوهما، وقد يكون بطريق اللهو كالقمار وأجرة المغني، وغيرهما، وقد يكون بطريق الرشوة والخيانة، فيدخل في الكسب الخبيث كل ما

---

(١) المبسوط ٢٨/٧، تبيين الحقائق ٢٦٦/٢، العناية شرح الهداية ٢٠٧/٤.
(٢) انظر: البحر الرائق لابن نجيم ٩٤/٥، رد المحتار ١٤٤/٤.
(٣) الأشباه لابن السبكي ١٢٣/١.
(٤) حاشية عميرة على شرح المحلي ٨٣/٤.
(٥) المبسوط للسرخسي ١٢٢/٢٢.
(٦) المبسوط ١١٢/١١.
(٧) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٧٣/٢٩.
(٨) تفسير القرطبي ٣٣٨/٢.

لا تطيب نفس مالكه به، أو حرمته الشريعة وإن طابت به نفس مالكه؛ كأثمان الخمور والخنازير وغير ذلك[١].

والمراد بالتصدق: التطهير بمطلق الإنفاق على ذوي الحاجة والخصاصة أو على مصالح المسلمين.

ومعنى القاعدة: أن من حصل له مال من كسب حرام، ثم تاب إلى الله تعالى، وأراد أن يتخلص من الحرام ولم يتمكن من رده إلى صاحبه فإنه يلزمه أن يتصدق به على الفقراء والمساكين، أو على مصالح المسلمين، بقصد التطهر من الحرام والكسب الحرام على أقسام:

الأول: المال المأخوذ بغير إذن المالك ورضاه؛ كالمسروق والمغصوب والمأخوذ بالغش والخيانة وجحد الحقوق.

الثاني: المال المأخوذ بإذن المالك في مقابلة عين أو منفعة مباحة، إلا أنه حرم لما يشتمل عليه من الظلم والفساد؛ كالذي يشترط الزيادة في القرض الذي موجَبُه رد المثل على المضطر والمحتاج.

الثالث: المال المأخوذ بإذن مالكه ورضى منه في مقابلة عين أو منفعة محرمة؛ كثمن الأعيان المحرمة من الخمر والخنزير ونحوها من المحرمات، أو أجرة المنافع المحرمة؛ كمهر البغي، وحلوان الكاهن[٢].

أما الأول، وهو ما كان التحريم فيه لحق العباد فإنه يجب رد الشيء إلى مالكه بعينه إن أمكن أو رد بدله عند فوات الأصل باتفاق الفقهاء، أما إذا تعذر

---

(١) انظر: تفسير القرطبي ٢/٣٣٨، تفسير البغوي ١/٢١٠.

(٢) حلوان الكاهن هو: أجرته وما يعطاه الكاهن لتكهنه: وهو من أكل المال بالباطل، لأن التكهن محرم، وما حرم في نفسه حرم عوضه انظر: إحكام الأحكام لابن دقيق العيد ٢/١٢٥، المنتقى شرح الموطأ ٥/٢٨-٢٩.

رد المال إلى صاحبه فإنه يتصدق به عنه؛ قال الغزالي: «من كان معه مال حرام، وأراد التوبة والبراءة منه - فإن كان له مالك معين - وجب صرفه إليه أو إلى وكيله، فإن كان ميتا وجب دفعه إلى وارثه، وإن كان لمالك لا يعرفه ويئس من معرفته فينبغي أن يصرفه في مصالح المسلمين العامة، كالقناطر والربط والمساجد ومصالح طريق مكة، ونحو ذلك مما يشترك المسلمون فيه، وإلا فيتصدق به على فقير»[١].

وأما الثاني؛ وهو المأخوذ في مقابلة عين أو منفعة مباحة، إلا أنه اشتمل على محرم؛ كالمقبوض بعقد فاسد فإنه يرد إلى صاحبه إن أمكن أو يتصدق به عنه؛ يقول ابن تيمية في هذين النوعين: «كل ما كان جنسه مباحا من المطاعم، والمساكن، والملابس، والمراكب، والنقود، وغير ذلك - فإن التحريم فيها يعود إلى الظلم؛ وذلك لسببين:

أحدهما: قبضها بغير طيب نفس صاحبها ولا إذن الشارع، وهذا هو الظلم المحض: كالسرقة، والخيانة، والغصب الظاهر، وهذا أشهر الأنواع بالتحريم.

والثاني: قبضها بغير إذن الشارع، وإن أذن صاحبها وهي العقود والقبوض المحرمة كالربا، والميسر، ونحو ذلك، والواجب على من حصلت بيده ردها إلى مستحقها، فإذا تعذر ذلك فالمجهول كالمعدوم، فتصرف في جميع جهات البر والقرب التي يتقرب بها إلى الله»[٢].

وأما الثالث؛ وهو المال المأخوذ بإذن مالكه في مقابلة عين أو منفعة محرمة؛ كمهر البغي، وحلوان الكاهن، فإن سبيل التخلص منه التصدق به، ولا

---

(١) المجموع شرح المهذب للنووي ٩/٤٢٨.

(٢) الفتاوى الكبرى ٤/٢١٠ (بتصرف).

يرد على صاحبه؛ وفيه خلاف بين الفقهاء؛ قال ابن القيم رحمه الله: «إذا عاوض غيره معاوضة محرمة، وقبض العوض، كالزانية والمغنى وبائع الخمر وشاهد الزور ونحوهم، ثم تاب والعوض بيده - فقالت طائفة: يرده إلى مالكه؛ إذ هو عين ماله، ولم يقبضه بإذن الشارع، ولا حصل لصاحبه في مقابلته نفع مباح وقالت طائفة: بل توبته بالتصدق به، ولا يدفعه إلى من أخذه منه، وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية وهو أصوب القولين»[1]. ثم أيد ذلك بقوله في موضع آخر: «وإن كان المقبوض برضى الدافع وقد استوفى عوضه المحرم؛ كمن عاوض على خمر أو خنزير أو على زنى أو فاحشة فهذا لا يجب رد العوض على الدافع؛ لأنه أخرجه باختياره واستوفى عوضه المحرم، فلا يجوز أن يجمع له بين العوض والمعوض، فإن في ذلك إعانة له على الإثم والعدوان، وتيسير أصحاب المعاصي عليه، وماذا يريد الزاني وفاعل الفاحشة إذا علم أنه ينال غرضه ويسترد ماله فهذا مما تصان الشريعة عن الإتيان به، ولا يسوغ القول به، وهو يتضمن الجمع بين الظلم والفاحشة والغدر، ولكن لا يطيب للقابض أكله، بل هو خبيث كما حكم عليه رسول الله ﷺ، ولكن خبثه لخبث مكسبه، لا لظلم من أخذ منه، فطريق التخلص منه، وتمام التوبة بالصدقة به»[2]، ثم قال: «فإن قيل: فالدافع ماله في مقابلة العوض المحرم دفع ما لا يجوز دفعه، بل حجر عليه فيه الشارع، فلم يقع قبضه موقعه، بل وجود هذا القبض كعدمه، فيجب رده على مالكه، كما لو تبرع المريض لوارثه بشيء، أو لأجنبي بزيادة على الثلث، أو تبرع المحجور عليه بفلس أو سفه، أو تبرع المضطر إلى قوته بذلك، ونحو ذلك وسر المسألة أنه محجور عليه شرعا في هذا الدفع فيجب رده.

---

(١) مدارج السالكين لابن القيم ٣٨٩/١.

(٢) زاد المعاد لابن القيم ٧٧٩/٥.

قيل: هذا قياس فاسد؛ لأن الدفع في هذه الصور تبرع محض، لم يعاوَض عليه، والشارع قد منعه منه؛ لتعلق حق غيره به، أو حق نفسه المقدمة على غيره، وأما فيما نحن فيه: فهو قد عاوض بماله على استيفاء منفعة، أو استهلاك عين محرمة، فقد قبض عوضا محرما، وأقبض مالا محرما، فاستوفى ما لا يجوز استيفاؤه، وبذل فيه ما لا يجوز بذله، فالقابض قبض مالا محرما، والدافع استوفى عوضا محرما، وقضية العدل ترادّ العوضين، لكن قد تعذر رد أحدهما، فلا يوجب رد الآخر من غير رجوع عوضه، نعم لو كان الخمر قائما بعينه لم يستهلكه، أو دفع إليها المال ولم يفجر بها: وجب رد المال في الصورتين قطعا، كما في سائر العقود الباطلة، إذا لم يتصل بها القبض»[١].

وأما المال المحرم لذاته؛ كالخمور والخنازير فيتعين على من هو بيده التخلص منه بإتلافه، ولا يجوز التصدق به، ولا صرفه في مصالح المسلمين.

والقاعدة اتفق على العمل بها جمهور الفقهاء[٢]، ونقل عن الإمام الشافعي رحمه الله أن المال الحرام لا يتصدق به، بل يسلم للإمام أو نائبه؛ كسائر الأموال الضائعة، ويكون «الأمر فيها إلى رأي الإمام، إن رأى حفظها إلى ظهور مالكها فعل، أو بيعَها، وحفظَ ثمنها فعل، أو إعطاءها لمن يعمرها على وجه الارتفاق، دون الملك فعل، فإن لم يرج معرفة مالكها فمصرفها بيت المال»[٣]؛ قال ابن المنذر: «أجمع العلماء أن الغال[٤]. عليه أن يرد ما غل إلى صاحب المقاسم، ما لم يفترق الناس، واختلفوا فيما يفعل بعد ذلك إذا افترق الناس، فقالت طائفة: يدفع إلى الإمام خمسه، ويتصدق بالباقي- عن مستحقه-

---

(١) زاد المعاد ٥/ ٧٨٠.

(٢) انظر: مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩/ ٣٢١، جامع العلوم والحكم لابن رجب ١/ ٢٦٧.

(٣) حاشية الغرر البهية شرح البهجة الوردية ٣/ ٣٥٢.

(٤) الغالُّ هو الذي يأخذ شيئا من الغنيمة قبل القسمة، وهو من الغلول - بضم الغين المعجمة: أي الخيانة، وغلب استعماله في الشرع على الخيانة في الغنيمة.

وهو قول الحسن ومالك والأوزاعي والليث والزهري والثوري وأحمد، وروي عن ابن مسعود وابن عباس ومعاوية، وقال الشافعي وطائفة: يجب تسليمه إلى الإمام أو الحاكم، كسائر الأموال الضائعة، وليس له الصدقة بمال غيره»[1].

أدلة القاعدة:

١- ما رواه البراء بن عازب رضي الله عنه قال: لما نزلت: ﴿الٓمٓ ۝١ غُلِبَتِ ٱلرُّومُ ۝٢ فِيٓ أَدۡنَى ٱلۡأَرۡضِ وَهُم مِّنۢ بَعۡدِ غَلَبِهِمۡ سَيَغۡلِبُونَ﴾ [الروم: ١- ٣]، قال المشركون لأبي بكر: ألا ترى إلى ما يقول صاحبك؟ يزعم أن الروم تغلب فارس قال: صدق صاحبي قالوا: هل لك أن نخاطرك؟ فجعل بينه وبينهم أجلا، فحل الأجل قبل أن تغلب الروم فارس، فبلغ ذلك النبي ﷺ فساءه ذلك وكرهه، وقال لأبي بكر: «ما دعاك إلى هذا؟» قال: تصديقًا لله ولرسوله فقال: «تعرَّض لهم، وأعظم الخطر، واجعله إلى بضع سنين» فأتاهم أبو بكر فقال لهم: هل لكم في العَود، فإن العود أحمد؟ قالوا: نعم قال: فلم تمض تلك السنون حتى غلبت الرومُ فارس، وربطوا خيولهم بالمدائن، وبنوا الرومية، فجاء به أبو بكر إلى النبي ﷺ فقال: «هذا السحت». قال: «تصدق به»[2].

٢- عن عاصم بن كليب، عن أبيه، عن رجل، من الأنصار، قال: خرجنا مع رسول الله ﷺ في جنازة، فرأيت رسول الله ﷺ وهو على القبر يوصي الحافر: «أوسع من قبل رجليه، أوسع من قبل رأسه»، فلما رجع استقبله داعي امرأة فجاء وجيء بالطعام فوضع يده، ثم وضع

---

(١) عمدة القاري للعيني ١٥/٧، وانظر: شرح صحيح مسلم للنووي ١٢/٢١٧.

(٢) رواه ابن أبي حاتم في تفسيره كما في تفسير ابن كثير ٣/٤٢٤، والدر المنثور ٦/٤٨٠.

القوم، فأكلوا، فنظر آباؤنا رسول الله ﷺ يلوك لقمة في فمه، ثم قال: «أجد لحم شاة أخذت بغير إذن أهلها»، فأرسلت المرأة، قالت: يا رسول الله، إني أرسلت إلى البقيع يشتري لي شاة، فلم أجد فأرسلت إلى جار لي قد اشترى شاة، أن أرسل إلي بها بثمنها، فلم يوجد، فأرسلت إلى امرأته فأرسلت إلي بها، فقال رسول الله ﷺ: «أطعميه الأسارى»[١]. ووجه الدلالة أن النبي ﷺ لما علم أن الشاة المذبوحة ليست ملكا لمن ذبحها وإنما أخذت بدون إذن صاحبها امتنع عن الأكل منها، وأمر بالتصدق بها على الأسارى، ويقاس عليهم غيرهم من أهل الحاجة.

٣- لأن هذه الأموال لا تخلو: إما أن تحبس، وإما أن تتلف، وإما أن تنفق؛ فأما إتلافها فإفساد، والله لا يحب الفساد، وهو إضاعة لها، والنبي ﷺ قد نهى عن إضاعة المال، وأما حبسها دائما أبدا إلى غير غاية منتظرة، بل مع العلم أنه لا يرجى معرفة صاحبها، ولا القدرة على إيصالها إليه، فهذا مثل إتلافها، فإن الإتلاف إنما حرم لتعطيلها عن انتفاع الآدميين بها، وهذا تعطيل أيضًا، بل هو أشد منه من وجهين؛ أحدهما: أنه تعذيب للنفوس بإبقاء ما يحتاجون إليه من غير انتفاع به الثاني: أن العادة جارية بأن مثل هذه الأمور لا بد أن يستولي عليها أحد من الظلمة بعد هذا إذا لم ينفقها أهل العدل والحق، فيكون حبسها إعانة للظلمة، وتسليما في الحقيقة إلى الظلمة، فيكون قد منعها أهل الحق، وأعطاها أهل الباطل فإذا كان إتلافها حراما وحبسها أشد من إتلافها تعين إنفاقها، وليس لها مصرف معين، فتصرف في جميع جهات البر والقرب التي يتقرب بها إلى الله؛ لأن

---

(١) رواه أحمد ١٨٥/٣٧ (٢٢٥٠٩)، وأبو داود ٢٤٤/٣ (٣٣٣٢).

الله خلق الخلق لعبادته، وخلق لهم الأموال ليستعينوا بها على عبادته، فتصرف في سبيل الله[١].

تطبيقات القاعدة :

أولاً : تطبيقات هي أحكام جزئية :

١- من أخذ عوضا عن عين أو منفعة محرمة، مثل: أجرة حمال الخمر، وأجرة صانع الصليب، وأجرة البغي، ونحو ذلك، فعليه أن يتخلص منها بالتصدق بها[٢].

٢- من كان بيده شيء من الأموال الربوية التي أخذها مستغلا لحاجة الدافع، ولم يتمكن من ردها على من أربى عليه، فعليه أن يتصدق بها عنه[٣].

٣- لو مات رجل، وماله كله من الظلم وأخذ الرشوة ونحو ذلك فعلى الورثة أن لا يأخذوا من أمواله شيئا، ويردوها على أربابها إن عرفوهم، وإلا تصدقوا بها[٤]؛ لأن سبيل الكسب الخبيث التصدق

---

(١) الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٢١١/٤ - ٢١٣ باختصار.

(٢) انظر: مجموع الفتاوى لابن تيمية ١٤٢/٢٢.

(٣) انظر: تفسير القرطبي ٣٦٦/٣، مجموع الفتاوى لابن تيمية ٥٦٨/٢٨، ٣٠٧/٢٩، مجلة البحوث الإسلامية، الصادرة عن الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد ٢١٩/١٦ أما إذا كان من أربى عليه يتاجر بالربا - كما هو حال البنوك التقليدية - فلا يُرد المال عليهم، لأن هذا يعينهم على المراباة مع غيره، ولكن يتخلص منها بالتصدق بها على الفقراء أو صرفها في مشاريع خيرية.

(٤) وأما إذا كانوا فقراء وهم بحاجة إلى هذا المال جاز لهم الإنفاق على أنفسهم بقدر الحاجة، قال الغزالي فيما نقل عنه النووي: " وله أن يتصدق به – أي المال الحرام - على نفسه وعياله إذا كان فقيرا، لأن عياله إذا كانوا فقراء فالوصف موجود فيهم، بل هم أولى من يتصدق عليه، وله هو أن يأخذ منه قدر حاجته، لأنه أيضا فقير" المجموع شرح المهذب ٤٢٨/٩.

إذا تعذر الرد على صاحبه[١].

٤- المال الذي أخذ بغير رضى صاحبه؛ كالمأخوذ عن طريق الغصب أو النهب أو الاختلاس أو السرقة يجب ردّه إلى صاحبه، فإن تعذر ذلك رده إلى ورثته، فإن تعذر ذلك تصدق به عنه[٢].

٥- ما جمع السائل من المال تكثرا - وهو يجد ما يغنيه ويكفيه - فهو خبيث لا يحل له[٣]، وسبيل التطهر منه التصدق به على الفقراء والمساكين.

٦- الفوائد التي يدفعها البنك للمودعين بنسب ثابتة على الأموال التي أودعوها فيه تعتبر ربا محرم شرعا، ولا يحل للمودع أن ينتفع بهذه الأرباح، لنفسه، أو لأحد ممن يعوله في أي شأن من شؤونه، ويجب أن ينفقها على الفقراء، أو يصرفها في المصالح العامة للمسلمين من مدارس ومستشفيات وغيرها من باب التطهر من الحرام[٤].

٧- من غصب شيئًا فاستغله، واتجر به، فحصل له ربح تصدق به، ولا يطيب له؛ لأنه حصل بسبب خبيث، وهو التصرف في ملك الغير، وسبيل الكسب الخبيث التصدق[٥].

٨- سندات الاستثمار ذات الفائدة المحددة مقدما التي تؤخذ في نهاية المدة، أو أولا بأول حسب المدة المتفق عليها؛ كما هو الحال في سندات الاستثمار ذات العائد الجاري - محرمة؛ لأنها من قبيل

---

(١) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٦/ ٢٧، البحر الرائق ٨/ ٢٢٩، رد المحتار لابن عابدين ٦/ ٣٨٥.
(٢) انظر: زاد المعاد لابن القيم ٥/ ٧٧٩، جامع العلوم والحكم لابن رجب ١/ ٢٦٧.
(٣) انظر: الفتاوى الهندية ٥/ ٣٤٩، رد المحتار ٦/ ٣٨٥.
(٤) انظر: قرارات الدورة التاسعة للمجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي سنة ١٤٠٦هـ.
(٥) انظر: الهداية للمرغيناني ٤/ ٢٩٨، مجمع الأنهر لشيخي زاده ٢/ ٤٥٩.

القرض بفائدة[١]، والواجب على المسلم التخلص منها، وذلك بأخذ رأس ماله فقط، أما ما زاد على ذلك، فلا يجوز تملكه أو الانتفاع به، بل يصرف إلى الفقراء والمساكين، أو في مصالح المسلمين العامة كالمشاريع الخيرية، بنية التخلص من المال الحرام.

٩- من كان كسبه من إقامة الحفلات الراقصة أو السهرات الماجنة أو بيع الأفلام الهابطة فعليه التخلص منه بصرفه على الفقراء والمساكين أو في مصالح المسلمين العامة.

ثانيًا: تطبيقات هي قواعد متفرعة:

٨٤٤- نص القاعدة: مَن اخْتَلَطَ بِمَالِهِ الحَلالِ الحَرَامُ أَخْرَجَ قَدْرَ الحَرَامِ وَالبَاقِي حَلالٌ لَه[٢].

ومن صيغها:

١- من اختلط ماله الحلال بالحرام، وتعذر عليه تمييزه يتصدق بقدر الحرام، ويطيب باقي ماله[٣].

٢- إن اختلط المال الحلال بالحرام فعليه أن يعرف قدر الحرام بالاجتهاد ويتصدق بذلك المقدار[٤].

---

(١) انظر: قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي ص ٢٠٠.

(٢) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩/٢٧٣.

(٣) مدارج السالكين لابن القيم ١/٣٩١.

(٤) إحياء علوم الدين للغزالي ٤/٣٧.

شرح القاعدة :

معنى القاعدة : أن من اكتسب أموالا من طرق مشروعة وغير مشروعة، أو من العمل أو الاستثمار في مجال فيه شيء من الحرام؛ كالمتاجر التي تبيع الخمر مع غيره من المباحات، أو الشركات ذات النشاط المشروع في الأصل إلا أنها تتعامل بالربا أحيانا- فاختلط بماله الحلال والحرام يلزمه أن يخرج قدر الحرام، ويتخلص منه بصرفه في مصارفه ويطيب له الباقي، فإذا أمكن تمييز الحرام عن غيره أخرجه بعينه، وإذا كان مختلطا بغيره، بحيث لا يتميز بعضه عن بعض فعليه أن يقدر الحرام فيخرجه من ماله، ويدفعه لصاحبه إن أمكن أو يتصدق به عنه إذا يئس من تسليمه له، ويكون الباقي في يده حلالا؛ قال القرطبي: «من التبس عليه الأمر ولم يدرِ كَمْ الحرام من الحلال مما بيده، فإنه يتحرى قدر ما بيده مما يجب عليه رده، حتى لا يشك أن ما يبقى قد خلص له، فيرده من ذلك الذي أزال عن يده إلى من عُرف ممن ظلمه أو أربى عليه فإن أيس من وجوده تصدق به عنه»[١]. وعند الشك في قدر الحرام يأخذ بالأحوط؛ قال الإمام أحمد: «وإن شك في قدر الحرام تصدق بما يعلم أنه أكثر منه»[٢]؛ إبراء لذمته.

وأما إذا جهل قدر الحرام، ولم يتبين له شيء فقال جمع من الفقهاء؛ كابن تيمية وغيره: «من جهل قدر الحرام المختلط بماله فإنه يخرج النصف، والباقي له»[٣].

والقاعدة محل اتفاق بين الفقهاء فيما إذا كان المال الحرام يمكن تمييزه عن غيره، فيأخذ كل من المختلطين حكمه الأصلي، فيبقى الحلال على حليته، والحرام على حرمته، ويلزمه التخلص من الحرام بقدره، أما إذا كان مختلطا

---

(١) تفسير القرطبي ٣/٣٦٦.

(٢) كشاف القناع للبهوتي ٤/٩٤.

(٣) الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٥/٥٢٩، كشاف القناع ٦/١٦٧، مطالب أولي النهى للرحيباني ٦/٢٧٤.

بغيره بحيث لا يتميز بعضه عن بعض، فعليه أن يقدر الحرام بالاجتهاد فيخرجه من ماله عند أكثر الفقهاء؛ وذلك لأن: «التحريم لم يتعلق بذات الدرهم وجوهره، وإنما تعلق بجهة الكسب فيه، فإذا خرج نظيره من كل وجه لم يبق لتحريم ما عداه معنى وهذا هو الصحيح في هذا النوع، ولا تقوم مصالح الخلق إلا به»[(١)]، وذهب بعض الفقهاء من أرباب الورع إلى أن «المال الحلال إذا خالطه شيء من الحرام- وإن قل - يحرم»[(٢)]، ولا يحل الباقي بإخراج المحرم؛ قال ابن العربي: «ذهب بعض الغلاة من أهل الورع إلى أن المال الحلال إذا خالطه حرام حتى لم يتميز، ثم أخرج منه مقدار الحرام المختلط به لم يحل ولم يطب؛ لأنه يمكن أن يكون الذي أخرج هو الحلال، والذي بقي هو الحرام، وهو غلو في الدين، فإن كل ما لم يتميز فالمقصود منه ماليته، لا عينه، ولو تلف لقام المثل مقامه، والاختلاط إتلاف لتميزه، كما أن الإهلاك إتلاف لعينه، والمثل قائم مقام الذاهب، وهذا بين حسًّا، بين معنى»[(٣)]. وذهب الإمام أحمد إلى التفصيل فقال: إن كان المال كثيرا أخرج منه قدر الحرام وتصرف في الباقي، وإن كان المال قليلا اجتنبه كله، وهذا لأن القليل إذا تناول منه شيئًا فإنه تبعد معه السلامة من الحرام، بخلاف الكثير[(٤)]. ومنهم من فرق بين النقود وغيرها من الأموال، فاختلاط النقود يجزئ فيه إخراج قدر الحرام؛ لأنها لا تتعين بالتعيين، ولا تراد لعينها، بخلاف غيرها من الأموال؛ كما في رواية عن الإمام أحمد أنه قال: «إذا اختلط زيت حرام بمباح تصدق به، هذا مستهلك، والنقد يتحرى، وفي رواية عنه في الزيت: أعجب إلي أن يتصدق به، هذا غير الدراهم»[(٥)].

---

(١) بدائع الفوائد لابن القيم ٢٥٧/٣.

(٢) المعيار المعرب للونشريسي ٥/٦٩-٧٠.

(٣) أحكام القرآن لابن العربي ١/٣٢٤- ٣٢٥.

(٤) انظر: جامع العلوم والحكم لابن رجب ص ٢٠٠، المغني لابن قدامة ١٨١/٤، القواعد لابن رجب ص ٣٠.

(٥) الفروع لابن مفلح ٦٦٥/٢، الآداب الشرعية لابن مفلح١/٤٤٥ وانظر: مطالب أولي النهى ٤٩٥/٣.

ومن تطبيقاتها :

١- لو اختلط دهن أو دراهم حصل عليها بكسب خبيث بمثله له فعليه أن يعزل قدر الحرام، فإن علم صاحبه سلمه إليه، وإلا تصدق به عنه، ويجوز له التصرف في الباقي(١).

٢- من كان في يده مال مغصوب، فاختلط بماله، ولم يتميز، وأراد التوبة، فطريقه أن يتراضى هو وصاحب المغصوب بالقسمة على قدر حقوقهم، فإن امتنع المغصوب من ذلك وعجز التائب عن إرضائه ولو عن طريق القاضي، كان له أن يعزل قدر المغصوب، ويدفعه إلى صاحبه، ويحل له الباقي(٢).

٣- إذا اختلط طعامه بطعام محرم فإنه يخرج قدر الحرام - قل أو كثر - ويأكل الباقي(٣).

٤- من استثمر عن طريق المساهمة في أسهم شركات ذات نشاط مشروع في الأصل؛ كالشركات الزراعية والصناعية وشركات الخدمات، إلا أنها تتعاطى أنشطة غير مشروعة أحيانا، كالتعامل بالربا عن طريق اقتراضها بفوائد ربوية من البنوك إذا احتاجت لتمويل إنتاجها، أو عن طريق إيداع السيولة المتوفرة لديها من النقود في البنوك لتأخذ عليها فوائد ربوية تضمها إلى أرباحها - فعليه التخلص من مقدار الربا الموجود في الأرباح التي تحصل عليها بتقدير نسبة الربح المحرم، ودفعه إلى الجهات الخيرية والفقراء والمحتاجين دون أن ينتفع بها(٤).

---

(١) انظر: روضة الطالبين للنووي ٣/٢٦١، تحفة المحتاج للهيتمي ٩/٣٤٠-٣٤١، المنثور ١/١٢٩.

(٢) انظر: المجموع للنووي ٩/٤٢٧-٤٢٨.

(٣) انظر: شرح النيل لأطفيش ١٧/٩٥.

(٤) انظر: الخدمات الاستثمارية في المصارف ليوسف الشبيلي ٢/٢٣٩.

٥- إذا أخذ القاضي أو الموظف الحكومي رشوة على عمله ثم تاب، فعليه أن يقدر الحرام ويتصدق به، ويطيب له الباقي.

٦- من اكتسب مالا من العمل في تصميم المواقع الالكترونية؛ المباح منها والمحرم؛ كمواقع ترويج الخمر ونحوها - فعليه أن يتصدق بقدر الحرام، ويطيب له الباقي.

محمد عمر شفيق الندوي

* * *

رقم القاعدة: ٨٤٥

نص القاعدة: الـمُحَرَّمُ لا يَحِلُّ مِلْكُه[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- متى حرم شيء فحرام ملكه[٢].

٢- المحرم ملكه حرام[٣].

٣- كل ما حرم الشارع تملكه والانتفاع به لا يصلح أن يكون محلا للملك[٤].

٤- لا ملك لأحد في الحرام[٥].

قواعد ذات علاقة:

١- ما لا قيمة له كالمعدوم[٦]. (أعم).

٢- المحرم لا يقابل بشيء[٧]. (عموم وخصوص وجهي).

---

(١) التمهيد لابن عبد البر ١/٢٥٨.

(٢) المحلى لابن حزم ٩/٨.

(٣) انظر: المحلى لابن حزم ٩/٢٤.

(٤) انظر: الملكية للخفيف ص ٤٠.

(٥) شرح النيل وشفاء العليل ١٠/٥٨٩.

(٦) انظر: البحر الزخار ٤/٢٣٩، وانظرها في قسم القواعد الفقهية.

(٧) نهاية المحتاج ٥/١٦٨، وانظرها في قسم القواعد الفقهية.

٣- السبب المحرم لا يفيد الملك[١]. (فرع).

٤- لا تملك المنافع المحظورة[٢]. (فرع).

٥- ما كان له منفعة حرمها الشارع لا يقبل الملك[٣]. (فرع).

٦- ما حرم استعماله حرم اتخاذه[٤]. (فرع).

٧- سبيل الكسب الخبيث التصدق إذا تعذر الرد على صاحبه[٥]. (مكملة).

٨- كل ما صح ملكه وانتقال الأملاك فيه حل بيعه[٦]. (مكملة).

٩- بالضمان يملك المضمون[٧]. (استثناء).

١٠- الأصل في الأشياء الحل[٨]. (أصل استثنيت منه القاعدة).

شرح القاعدة :

المراد بالمحرم في القاعدة: الأعيان والمنافع المحرمة دون الأفعال والتصرفات، وقد عرفه الغزالي بأنه: «ما فيه صفة محرمة لا يشك فيها، كالشدة المطربة في الخمر، والنجاسة في البول، أو حصل بسببٍ منهي عنه قطعا

---

(١) كشاف القناع ٢١٣/٤.
(٢) الملكية للخفيف ص ٣٤٥.
(٣) الملكية للخفيف ص ٥١.
(٤) الأشباه والنظائر للسيوطي ص١٥٠، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.
(٥) تبيين الحقائق ٢٧/٦، البحر الرائق ٢٢٩/٨، رد المحتار ٣٨٥/٦، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.
(٦) المحلى لابن حزم ٣١/٩.
(٧) المبسوط للسرخسي ١٦٠/٣٠، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "المضمونات هل تملك بأداء الضمان أم لا؟".
(٨) المنثور للزركشي ٧١/٢، وانظرها في قسم القواعد الفقهية.

كالمحصَّل بالظلم والربا ونظائره[1]. والأعيان المحرمة قد تكون محرمة لعينها، وقد تكون محرمة لوصفها، **فالمحرمة لعينها**: هي ما حرمها الشارع ابتداء لمعنى قائم فيها لا يريده الشارع[2]. فيكون التحريم متعلقا بذات الشيء بغض النظر عن شيء آخر، كما في تحريم الخمر والميتة والخنزير والأصنام ونحوها.

والأعيان المحرمة لوصفها، هي ما كانت مباحة في أصلها وحرمت لمعنى خارج عنها لا يريده الشارع[3]، فهي في أصلها مباحة لكن دخل عليها وصف كان هو السبب في تحريمها، وذلك كالمال المأخوذ غصبا أو سرقة أو عن معاملة محرمة من رشوة وبيع خمر ونحو ذلك.

ومعنى القاعدة أن الأعيان المحرمة - سواء أكان تحريمها لعينها أو لوصفها - لا تدخل تحت ملك الإنسان، وأن كون الشيء محرَّمًا مانعٌ يمنع من تملكه فلا يترتب عليه أثر من آثار الملكية الصحيحة كجواز المعاوضة عليه ببيع أو شراء أو إجارة أو غيرها من عقود المعاوضات والتمليكات، وكوجوب الضمان على متلفه، فمن أتلف خمرا أو خنزيرا أو ما شابههما لم يجب عليه ضمان ما أتلفه من ذلك، ولا يلزم برد المثل أو القيمة إذا وقع ذلك منه، **والمنافع المحرمة كالأعيان المحرمة في هذا**، فلا يصح تملك منفعة محرمة شرعا، كما لو استأجر امرأة للزنا مثلا، فإن هذا لا يملكه تلك المنفعة لحرمتها.

وقد وقع الاتفاق على أن المحرمات لعينها لا تملك، ووقع الخلاف بين الفقهاء في وقوع الملك للمحرمات بوصفها كالمغصوبات والمسروقات والمبيعات بعقد فاسد؛ فذهب الجمهور إلى أنها لا تملك، بل تظل باقية على

---

(١) إحياء علوم الدين ٢/٩٨.

(٢) الواضح في أصول الفقه ص ٢٢٨.

(٣) الواضح في أصول الفقه لابن عقيل ص ٢٢٨.

ملك أربابها، والسبب المحرم لا يفيد الملك[١]. وخالف في ذلك الحنفية فقالوا: تملك بالضمان[٢].

والفقهاء متفقون على أن الأعيان المحرمة لا تكون محلا للملك بالنسبة للمسلم، واختلفوا هل تكون محلا له بالنسبة للذمي؟ فذهب الحنفية والمالكية إلى أنها تصلح للملك بالنسبة له، وذلك لأنها مال عندهم، ولذلك فإن من أتلف شيئًا منها لذمي ضمنه[٣]، وذهب الشافعية والحنابلة والظاهرية إلى أنها ليست محلا للملك للذمي كما هي بالنسبة للمسلم أيضًا، فلا ضمان على من أتلف شيئًا منها[٤]، ومن القواعد في ذلك قولهم: «كل ما لم يكن مالا مضمونا في حق المسلم لم يكن مالا مضمونا في حق الكافر»[٥].

والأصل في الأعيان والمنافع الحِلّ، كما دلت على ذلك القاعدة الشهيرة «الأصل في الأشياء الحل» والتحريم عارض، فلا يحرم شيء منها إلا إذا ورد من الأدلة الشرعية المعتبرة ما يدل على تحريمه.

والفقهاء حين يتكلمون على المال فإنهم يشترطون كونه مباحا غير محرم حتى يوصف بالمالية؛ فالمحرم عندهم لا يعد مالا مهما كانت قيمته عند بعض الناس، ومن أجل هذا كانت الأعيان والمنافع المحرمة غير متقومة في الفقه الإسلامي، فلا يرِد الملك عليها كما أتت بذلك القاعدة التي بين أيدينا، ومع هذا ينبغي أن يتفطن إلى نقطة مهمة، وهي أن المحرمات لا يلزم أن تكون على

---

(١) انظر: الذخيرة للقرافي ١٥/٩، المنثور للزركشي ٣٢٥/٢، كشاف القناع للبهوتي ٢١٣/٤.

(٢) انظر: أحكام القرآن للجصاص ٨٤/٤، المبسوط للسرخسي ١٦٠/٣٠، تبيين الحقائق للزيلعي ٢٠٨/٥.

(٣) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ١٦/٦، شرح الزرقاني على خليل ١٤٦/٣.

(٤) انظر: مغني المحتاج للشربيني ٢٨٥/٢، المغني لابن قدامة ٢٢٣/٥، المحلى لابن حزم ١٤٧/٨، وقد ذكر البعلي من الحنابلة في تملك الذمي للخمر روايتين انظر: قواعد البعلي ص ٥٤.

(٥) الحاوي للماوردي ٢٢٢/٧.

وزان واحد، أو أن يكون التحريم فيها من كل جهة، فبعض الأعيان المحرمة تكون حرمتها من كل جهة، كما في الخنزير مثلا، وبعضها يكون التحريم متعلقا بجهة منها دون جهة، كما في الميتة؛ فإن لحمها حرام، أما جلدها فمباح إذا دبغ، ولذلك يقع الملك عليه، وكذلك الذهب والحرير بالنسبة للرجال، فإنما تحريمهما عليهم إنما هو من جهة اللبس، فلا حرج في تملكهم لهما، وكما في الحمير والبغال فإن المحرم إنما هو أكلها دون ركوبها والانتفاع بها في أغراض أخرى، فجاز تملكها والمعاوضة عليها، والأصل في ذلك ما ذكره ابن رشد في بيان حجة مَن أباح بيع الزيت المتنجس[1]، فقال: «عمدة مَن أجازه أنه إذا كان في الشيء أكثر من منفعة واحدة وحرم منه واحدة من تلك المنافع أنه ليس يلزمه أن يحرم منه سائر المنافع، ولاسيما إذا كانت الحاجة إلى المنفعة غير المحرمة كالحاجة إلى المحرمة»[2].

والعلماء يختلفون في حرمة أو حل بعض الأشياء وبالتالي فإنهم يختلفون في كونها أو عدم كونها محلا للتملك تبعا لذلك، ومن ثم في جواز التعامل فيها بما يرِد على الأملاك، فمن ذلك اختلافهم في الكلب فبعض الفقهاء يرون جواز تملكه، وبعضهم يرى أنه لا يباح تملك عينه وإنما يباح تملك منفعته، وبعضهم يرى أنه يباح الانتفاع به بغير ملك لعينه ولا لمنفعته، ويترتب على ذلك جواز أو عدم جواز بيعه واستئجاره[3].

والقاعدة متفرعة عن قاعدة: «ما لا قيمة له كالمعدوم» إذ ما لا قيمة له يشمل المحرم – الذي هو موضوع القاعدة التي بين أيدينا – ويشمل الشيء التافه وما لا منفعة فيه كحبة حنطة وكالحشرات وما إلى ذلك، وقد تكاملت

(١) والزيت المتنجس يشترى للوقود والإضاءة.
(٢) بداية المجتهد لابن رشد ٢/٩٥.
(٣) انظر تفصيل الكلام في ذلك في الملكية للعبادي ١/١٩٧، ١/٢٤٣.

معها عدة قواعد كقاعدة «إتلاف ما ليس بمتقوم لا يوجب الضمان» وقاعدة «سبيل الكسب الخبيث التصدق إذا تعذر الرد على صاحبه» إذ في هذه الأخيرة بيان مصرف ما لم يملك بسبب كسبه، وقد تفرعت عنها عدة قاعدة كقاعدة «السبب المحرم لا يفيد الملك» وقاعدة: «لا تملك المنافع المحظورة»، وقاعدة: «ما كان له منفعة حرمها الشارع لا يقبل الملك، وقاعدة «ما حرم استعماله حرم اتخاذه» إذ تعالج كل واحدة منها جانبا من جوانب القاعدة التي بين أيدينا، وقد استثنيت منها القاعدة المعبرة عن رأي الحنفية: «بالضمان يملك المضمون»، والقاعدة نفسها قد استثنيت من القاعدة المشهورة: «الأصل في الأشياء الحل»، والقاعدة واحدة من القواعد الضابطة لموضوع الملكية في الشريعة الإسلامية.

أدلة القاعدة:

١- عن أنس رضي الله عنه، قال: كنت ساقي القوم، في منزل أبي طلحة، وكان خمرهم يومئذ الفضيخ، فأمر رسول الله ﷺ مناديا ينادي: «ألا إن الخمر قد حرمت». قال: فقال لي أبو طلحة: اخرج فأهرقها. فخرجتُ فهرقتُها، فجرت في سكك المدينة[١].

قال أبو عمر ابن عبد البر في فوائد هذا الحديث: «وفيه أن المحرم لا يحل ملكه، وأن الخمر لا يستقر عليها ملك مسلم بحال»[٢].

٢- عن ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي ﷺ، أنه قال: «قاتل الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فباعوها وأكلوا أثمانها؛ وإن الله إذا حرم شيئًا حرم ثمنه»[٣].

---

(١) رواه البخاري ٣/١٣٢ (٢٤٦٤)، ومسلم ٣/١٥٧٠ (١٩٨٠)/(٣).

(٢) التمهيد لابن عبد البر ١/٢٥٨.

(٣) رواه أحمد ٤/٤١٦ (٢٦٧٨) و٥/١١٥ (٢٩٦١)، وأبو داود ٤/١٧٦-١٧٧ (٣٤٨٢)، وابن حبان ١١/٣١٢-٣١٣ (٤٩٣٨) والبيهقي في الكبرى ٦/١٣، من حديث ابن عباس رضي الله عنه، وقد=

٣- عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه أنه سمع رسول الله ﷺ عام الفتح وهو بمكة يقول: «إن الله عز وجل ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام» فقيل: يا رسول الله أرأيت شحم الميتة؟ فإنه يطلى بها السفن ويدهن بها الجلود، ويستصبح بها الناس قال: «لا، هو حرام؛ قاتل الله اليهود إن الله لما حرم عليهم شحومها جملوه ثم باعوه فأكلوا ثمنه»[١].

ففي الحديثين بيان أن كل محرم لا تجوز المعاوضة عليه، والمعاوضة عن الشيء فرع عن كونه محلا للملك، فإذا حرم الشرع المعاوضة على شيء كان في ذلك دليل على أنه لا يحل ملكه، هذا هو الأصل، وما خرج عنه كان استثناء يحتاج إلى دليل ينص عليه، وفي ذلك يقول ابن حزم، رحمه الله تعالى: متى حرم شيء فحرام ملكه، وبيعه، والتصرف فيه، وأكله على عموم تحريمه، إلا أن يأتي نص بتخصيص شيء من ذلك فيوقف عنده، وقد حرم الله تعالى الخنزير، والخمر، والميتة، والدم، فحرم ملك كل ذلك، وشربه، والانتفاع به، وبيعه[٢].

تطبيقات القاعدة:

١- لا يجوز لمسلم أن تكون الخمر أو الخنزير أو التماثيل أو الصلبان أو شيء من ذلك تحت يده، ولا أن يبقيها عنده؛ لأنها محرمة العين فلا يحل تملكها، وإذا أتلف الإنسان شيئًا منها لم يضمنها[٣]. والمال

= رواه البخاري ٨٢/٣ (٢٢٢٣)، ٨٤/٣ (٢٢٢٦)، ومسلم ١٢٠٧/٣ (١٥٨١) (١٥٨٢) من حديث عمر بن الخطاب وجابر بن عبد الله رضي الله عنهما دون قوله "وإن الله إذا حرم شيئا حرم ثمنه".

(١) رواه البخاري ٨٤/٣ (٢٢٣٦)، ومسلم ١٢٠٧/٣(١٥٨١).

(٢) المحلى ٤٩١/٧.

(٣) انظر: التمهيد لابن عبد البر ٢٥٨/١، المغني لابن قدامة ٢٢٣/٥، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣٣٦/٤، المحلى ٤٩١/٧.

الحاصل من التجارة فيها أو صناعتها ونحو ذلك يكون محرما لا يحل تملكه، وإنما سبيله التصدق به[١].

٢- الحشيشة والأفيون والمخدرات وكذا أنواع السموم المختلفة لا يقع الملك عليها لحرمة أعيانها، ولهذا وغيره من الأسباب لا تحل التجارة فيها، مع مراعاة حالات يحصل خلاف بين العلماء في جواز ذلك أو عدم جوازه فيها، كما في دخول بعضها في بعض العقاقير الطبية.

٣- الواجب التنزه عن الأعيان النجسة والمستقذرة، ولا يصح أن تكون مملوكة لمسلم؛ لأن المحرم لا يحل ملكه، وإذا دعت الحاجة إلى استعمال شيء منها استُعمل على جهة الاختصاص لا الملك[٢].

٤- لا يجوز للمحْرِم أخذ صيد الحرم بصيد أو بيع أو هبة ونحو ذلك، فإذا ما اقترف ما نُهي عنه فأخذه لم يملكه بذلك، لأن المُحَرَّم لا يحِل ملكُه[٣]، ولذلك فإن أخذه أحد منه وأرسله لم يجب عليه ضمانه[٤].

٥- الأجرة الحاصلة من عمل محرم لا تكون ملكا لمن زاول ذلك العمل المحرم وحصلت له بسبب ذلك؛ لأنها – وإن كانت في نفسها مباحة – إلا أنه صارت محرمة بسبب كسبها، والمحرم لا يحل ملكه، فيجب عليه إخراجها في مصالح المسلمين، وكذا إذا استأجر آلات في عمل محرم لم تحل له الإجارة ولا أجرتها.

---

(١) انظر: المحلى ٤٩١/٧، مجموع فتاوى ابن تيمية ١٤٢/٢٢.

(٢) انظر: الملكية للعبادي ١٩٨/١.

(٣) انظر: شرح فتح القدير لابن الهمام ٢٨٣/٢، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٧٣/٢، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣١٨، المغني لابن قدامة ٥٤٩/٣، شرح النيل لأطفيش ١٠٥/٤.

(٤) المنتقى للباجي ٣٢٤/٢.

٦- ذهب جمهور الفقهاء إلى أن العين المغصوبة لا تدخل في ملك الغاصب، وإن كانت مضمونة عليه، لأنها محرمة بالنسبة له، والمحرم لا يحل ملكه، ومن ثم فلو باعها أو آجرها أو وهبها فإن العقد يكون غير صحيح، ولو حدثت له زيادة كانت من ملك المغصوب منه[١]، بينما خالف في ذلك الحنفية فقالوا: إن الغاصب يملك العين المغصوبة - مع حرمة هذا الفعل منه وخبث هذا الملك - لدخولها في ضمانه، فلو تصرف فيها صح تصرفه، وعليه الضمان، ولو حدثت فيه زيادة كانت له[٢].

٧- إذا عقد شخص مع غيره عقدا على منفعة محرمة كاستئجار شقة للبغاء أو آلة لقتل معصوم بها، ونحو ذلك من المنافع المحرمة - لم يملك تلك المنفعة بذلك؛ لأن المحرم لا يحل ملكه.

٨- لا يحل المال المأخوذ رشوة لآخذه ، فلا يصح ملكه له، ويجب عليه رده إلى من أخذه منه إن استطاع الوصول إليه، وإلا تصدق به عنه.

٩- من أخذ عوضا عن عين محرمة أو نفع استوفاه، مثل أجرة حمال الخمر وأجرة صانع الصليب وأجرة البغي ونحو ذلك، فليتصدق بها وليتب من ذلك العمل المحرم وتكون صدقته بالعوض كفارة لما فعله؛ فإن هذا العوض لا يجوز الانتفاع به؛ لأنه عوض خبيث ولا يعاد إلى صاحبه لأنه قد استوفى العوض ويتصدق به كما نص على ذلك من نص من العلماء[٣].

إبراهيم طنطاوي

* * *

---

(١) انظر: الشرح الكبير للدردير ٤٥/٣، المهذب للشيرازي ٣٦٨/١، كشاف القناع للبهوتي ١٠٩/٤، المحلى ١٣٥/٨، منهج الطالبين للشخصي ٨٣/١٣.

(٢) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ١٥٢/٧.

(٣) مجموع فتاوى ابن تيمية ١٤٢/٢٢.



رقم القاعدة: ٨٤٦

نص القاعدة: المَنَافِعُ تُمْلَكُ كَالأَعْيَانِ[١].

صيغ أخرى للقاعدة :

١- المنافع يصح تمليكها[٢].

٢- المنافع قابلة للملك كالأعيان[٣].

٣- المنافع تحتمل التمليك كالعين[٤].

قواعد ذات علاقة :

١- المنافع لها حكم الأعيان[٥]. (أعم).

٢- التحريم كما يكون في أعيان الأشياء يكون أيضًا في منافعها[٦]. (متكاملة).

٣- المنافع المملوكة تصح المعاوضة عليها كالأعيان[٧]. (متفرعة).

---

(١) الأشباه والنظائر لابن الملقن ص ٤٠، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣١٦.

(٢) انظر: حاشية الشلبي ٤١٥/٧.

(٣) الهداية شرح البداية للمرغياني ٢٢٠/٣.

(٤) المبسوط للسرخسي ١٣٣/١١.

(٥) الذخيرة لابن مازه ٣٢٣/٨، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٦) السيل الجرار للشوكاني ٢٤/٣.

(٧) الحاوي الكبير للماوردي ١٢٢/٧، وقال في موضع آخر: "المنافع قد تنتقل بالمعاوضة كالأعيان" الحاوي الكبير للماوردي ٤٠١/٩، وانظر مغني المحتاج للشربيني ٢٧٤/٢.

٤- مالية المنافع لا تساوي مالية الأعيان[١]. (مكملة).

شرح القاعدة:

هذه القاعدة متفرعة عن قاعدة: (المنافع لها حكم الأعيان)، ومعناها أن منافع الرقاب والذوات تقبل النقل بطريق التمليك والتملُّك، سواء ببدل العوض في عقود المعاوضات أو بدونه في عقود التبرعات وهذا التملُّك والتمليك صحيح معتبر شرعًا كما هو صحيح معتبر في تمليك وتملُّك الأعيان على حد سواء لأنه تمليك مضاف إلى محل يقبله فكان تمليكا صحيحًا.

والمنافع تملك بأحد أسباب التمليك الشرعية وهي: «المعاوضات والميراث والهبات والوصايا والوقف والغنيمة والإحياء والصدقات»[٢]، ويكون تمليكها «وتملكها بطريقين:

أحدهما: أن تكون تابعة لملك الرقبة.

والثاني: أن يكون ورد عليها عقد وحدها، كبيع حق الممر والبناء على السقف، وكما في عقد الإجارة أو الوصية بالمنافع ونحوها»[٣].

وما دامت المنافع أموالا متقومة كالأعيان فإن وصفها هذا يجعلها عند الناس مرغوبة مطلوبة، ومن ثم يجري فيها ما يجري في سائر الأموال من التداول إما تجارة وإما إحسانًا، ولا يُمنع منها إلا ما كان محرمًا لأن «التحريم كما يكون في أعيان الأشياء يكون أيضًا في منافعها».

وانطلاقا من ذلك، فإن المنافع جعلت أموالا كالأعيان في التجارات،

---

(١) كشف الأسرار للبزدوي ٢/٢٥٨.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣١٧، الحاوي الكبير للماوردي ٧/٤٧٥.

(٣) المنثور للزركشي ٣/٢٢٩، وانظر: فتاوى السبكي ١/٤٣٣.

وذلك لأنها مملوكة، والمنافع المملوكة تصح المعاوضة عليها كالأعيان، وإذا جاز تمليكها بعوض فمن باب أولى جواز تمليكها تبرعا يقول المرغيناني: «التمليك نوعان بعوض وبغير عوض، ثم الأعيان تقبل النوعين فكذا المنافع، والجامع بينهما دفع الحاجة»[١].

ولئن كان الأحناف مخالفين للجمهور في مالية المنافع، حيث إنهم لا يعتبرونها أموالا متقومة بذاتها، وإنما تأخذ حكم المالية بالعقد عليها[٢]، وهم مرة ينفون عنها المالية أصالة فيقولون إنها ليست بأموال حقيقة ولكنها تقوم في العقود[٣]، ومرة يجعلون ماليتها في مرتبة دون مالية الأعيان كما في قاعدة: «مالية المنافع لا تساوي مالية الأعيان»، إلى غير ذلك من الاختلافات التفصيلية[٤] - فإنهم متفقون مع غيرهم في أنها قابلة للتمليك والتملُّك حكمها في هذا الأمر حكم الأعيان.

وعلى ذلك فلا خلاف بين الفقهاء في أن المنافع يجوز تمليكها وتملُّكها بنقل حرية التصرف فيها للغير[٥] بعوض أو بدونه كالأعيان بل المنافع في هذا الحكم أولى لأن «العروض لا تراد لأعيانها وإنما تراد لمنافعها، ومتعلق تصرفات الخلق في الأعيان محالُّ منافعهم منها»[٦]، والمفهوم من المنفعة أنها تهيُّؤ العين لذلك المعنى الذي قصد منها كالدار متهيئة للسكنى[٧]، فإذا حدث

---

(١) الهداية شرح البداية ٣/٢٢٠.

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي ٢٣/٢٣.

(٣) انظر: كشف الأسرار لعلاء الدين البخاري ١/٣٩٥

(٤) انظر: هذه الاختلافات في قاعدة (المنافع لها حكم الأعيان)، ولأجل هذه الاختلافات قال الزركشي: "واعلم أن في تحقيق المنفعة وكونها مملوكة قبل وجودها وإيراد العقد عليها كلام كثيـر" المنثـور ٣/٢٣٠-٢٣١، وانظر المنثور أيضًا ٣/١٩٨، درر الحكام لعلي حيدر ١/١٠٠-١٠١.

(٥) انظر: المنثور للزركشي ٣/٢٣٠-٢٣١.

(٦) انظر: البرهان في أصول الفقه للجويني ٢/٦٠٧.

(٧) المنثور للزركشي ٣/٢٣٠، فتاوى السبكي ١/٤٣٤.

في العين تغيير يفيت المقصود منها صيَّرها كالمعدومة[١].

وقد أعمل الفقهاء هذه القاعدة في عدة أبواب من المعاملات.

أدلة القاعدة :

١- السنة الفعلية: حيث إن النبي عليه الصلاة والسلام استعار دروعا من صفوان بن أمية يوم حنين، وهذا تمليك للمنافع بغير عوض[٢]، وقد ذكر الموصلي أن: «التمليك نوعان: بعوض وبغير عوض؛ والأعيان قابلة للنوعين بالبيع والهبة، فكذا المنافع بالإجارة والإعارة»[٣].

٢- «لما جاز العقد على الأعيان وجب أن تجوز الإجارة على المنافع، ولا تخفى حاجة الناس إلى ذلك، فإنه ليس لكل أحد دار يملكها، ولا يقدر كل مسافر على بعير أو دابة يملكها، ولا يلزم أصحاب الأملاك إسكانهم وحملهم تطوعا، وكذلك أصحاب الصنائع يعملون بأجر ولا يمكن كل أحد عمل ذلك ولا يجد متطوعًا به، فلابد من الإجارة لذلك، بل ذلك مما جعله الله تعالى طريقًا إلى الرزق حتى إن أكثر المكاسب بالصنائع»[٤].

تطبيقات القاعدة :

١- إذا كان الصلح عن المنافع بمال كما إذا أوصى إنسان بسكنى داره ومات، فادعى الموصى له السكنى، ثم صالح الورثة عن شيء مقابل تلك الوصية جاز ذلك[٥]؛ لأن المنافع تملك كالأعيان.

---

(١) انظر: الذخيرة للقرافي ٥/١٠٦، وانظر: في نفس المعنى حاشية ابن عابدين ٦/٦٩٢.

(٢) انظر: الهداية شرح البداية ٣/٢٢٠.

(٣) الاختيار ٣/٦٢.

(٤) الشرح الكبير لابن قدامة ٦/٣.

(٥) انظر: العناية شرح الهداية للبابرتي ١٢/٦٧.

٢- إن كان بين الشريكين منافع فأرادا قسمتها مهايأة[١] بأن تكون العين في يد أحدهما مدة ثم في يد الآخر مثل تلك المدة، جاز[٢]؛ لأن المنافع تملك كالأعيان.

٣- يصح السَّلَم في المنافع كتعليم القرآن؛ لأن المنافع تثبت في الذمة كالأعيان[٣]، فهي تملك مثلها.

٤- تجوز الوصية بسكنى دار سنين معلومة وتجوز بذلك أبدًا، لأن المنافع يصح تمليكها في حالة الحياة ببدل وغير بدل فكذا بعد الممات للحاجة كما في الأعيان، وتكون الدار محبوسة على ملكه في حق المنفعة حتى يتملكها الموصى له على ملكه كما يستوفي الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف، وتجوز مؤقتا ومؤبدا[٤]؛ لأن المنافع تملك كالأعيان.

٥- العارية جائزة[٥] لأنها نوع إحسان، وهي تمليك المنافع بغير عوض، واسمها ينبئ عن التمليك، فإن العارية من العريَّة وهي العطيَّة، ولهذا تنعقد بلفظة التمليك والمنافع قابلة للملك كالأعيان[٦].

---

(١) قال ابن عرفة: «قسمة المهايأة هي اختصاص كل شريك بمشترك فيه عن شريكه زمنا معينا من متَّحد أو متعدد وتجوز في نفس منفعته لا في غلته» شرح الخرشي على مختصر خليل ٦/١٨٤.

(٢) انظر: المهذب للشيرازي ٢/٣٠٨.

(٣) انظر: نهاية المحتاج للرملي ٤/٢١٣، مغني المحتاج ٣/٢٥.

(٤) انظر الهداية للمرغيناني ٤/٢٥٢.

(٥) قال الإمام ابن حزم: «والعارية جائزة وفعل حسن، وهي فرض في بعض المواضع، وهي إباحة منافع بعض الشيء كالدابة للركوب والثوب للباس والفأس للقطع والقدر للطبخ والمقلى للقلو والدلو والحبل والرحى للطحن والإبرة للخياطة، وسائر ما ينتفع به» المحلى ٩/١٦٨، وانظر: مجمع الفائدة الأردبيلي ١٣/٣٨٢.

(٦) انظر: الهداية شرح البداية المرغيناني ٣/٢٢٠.

٦- «يجوز شرعًا استئجار حصة مشاعة في عين واستئجار حصة مشاعة في منفعة محددة لمدة مع الاتفاق بين الملاك للعين أو المنفعة على استخدامهما بطريقة المهايأة - قسمة المنافع - زمنيًّا أو مكانيًّا، وهو ما يسمى بعقد التملك الزمني (Tim Sharing)[١] سواء اتفق على المهايأة بين الملاك مباشرة أو من خلال الجهة الموكول إليها إدارة الملكية المشتركة، ولا بأس بتداول الحصة المشاعة بيعًا وشراء وهبة وإرثًا ورهنًا وغير ذلك من التصرفات الشرعية فيما يملكه المتصرف لانتفاء المانع الشرعي ولا مانع من التبادل للحصص في التملك الزمني المشترك بين مالكي العين أو المنفعة على الشيوع سواء تم التبادل مباشرة بين الملاك، أو عن طريق الشركات المتخصصة بالتبادل»[٢]؛ لأن المنافع تملك كالأعيان.

د. رحال إسماعيل بالعادل

* * *

(١) "هو عقد على تملك حصص شائعة، إما على سبيل شراء العين معلومة على الشيوع، أو على سبيل الاستئجار لمنافع عين معلومة لمدد متعاقبة، أو الاستئجار لمنافع عين معلومة لفترة ما بحيث يتم الانتفاع بالعين المملوكة أو المنفعة المستأجرة بالمهايأة الزمانية أو المهايأة المكانية مع تطبيق خيار التعيين في بعض الحالات لاختصاص كل منهم بفترة زمنية محددة" مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في دورته الثامنة عشرة في بوترا جايا (ماليزيا) من ٢٤ إلى ٢٩ جمادي الآخرة ١٤٢٨هـ الموافق ٩ - ١٤ تموز (يوليو) ٢٠٠٧م قرار رقم ١٧٠ (٨-١٨)، موقع: مجلة البحوث المعاصرة الرابط:
http://wwwfiqhiacomsa/Detailasp?InNewsItemID272057

(٢) انظر: نفس المرجع السابق.

رقم القاعدة: ٨٤٧

نص القاعدة: الـمُبَاحُ لَهُ لا يَمْلِكُ الإِبَاحَةَ[١].

صيغ أخرى للقاعدة :

١- المستبيح لا يملك نقل الملك بالإباحة إلى غيره[٢].

٢- المباح له لا يملك أن يبيح لغيره[٣].

٣- المباح له لا يبيح لغيره[٤].

قواعد ذات علاقة :

١- ملك المبيح لا يزول بالإباحة[٥]. (معللة).

٢- إباحة المنافع أضعف من إباحة الأعيان[٦]. (معللة).

٣- للمبيح حق الرجوع عن الإباحة[٧]. (مكملة).

---

(١) الهداية للمرغيناني ٣/٢٢١، فتاوى قاضيخان ٣/٢٣٢.
(٢) المنثور للزركشي ١/٧٤.
(٣) المبسوط للسرخسي ١١/١٣٣.
(٤) الدر المختار ٥/٦٧٧.
(٥) المبسوط ١١/٢ وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.
(٦) حاشية البجيرمي على الخطيب ٣/٥٠١.
(٧) درر الحكام شرح مجلة الأحكام لحيدر ٢/٤٢٧ وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "المبيح له الرجوع عن إباحته متى شاء".

٤- العارية هل هي تمليك للمنافع أو إباحة للتصرف[١]. (مكملة).

٥- المباح له لا يملك البيع[٢]. (متفرعة).

شرح القاعدة:

الإباحة في اللغة: الإحلال، تقول: أبحتك الشيءَ: أحللته لك[٣].

وهي عند الفقهاء: «تسليط من المالك على استهلاك عينٍ أو منفعةٍ ولا تمليك فيها»[٤]، وهذا بخلاف المعنى الأصولي المشهور لها حيث تمثل أحد أقسام الأحكام التكليفية الخمسة.

ومعنى القاعدة: أن مَن أُبيح له الانتفاع بعين ما فإن هذه الإباحة تكون قاصرة عليه، ولا يملك هو أن يبيح ذلك لغيره، فضلا عن أن يهبه أو يؤجره أو يبيعه؛ فليس تصرفه فيما أُذن له فيه كتصرف الملاك في أملاكهم، وإنما هو أمر أقل رتبة من ذلك؛ فالواجب عليه الوقوف عند ما حدّ له من غير مجاوزة له، فإذا أباح له الأكل من طعامٍ وضَعه أمامه أو أباح له ركوب سيارته إلى موضع معين فإن المباح له لا يملك أن يبح شيئًا من ذلك لغيره.

وقد نقل القرطبي وغيره من المفسرين عند قوله تعالى في سورة النور: ﴿وَلَا عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمۡ أَن تَأۡكُلُواْ﴾ [النور: ٦١] عن أئمة السلف أن الإباحة في هذه المسائل لا تعدو أن تكون إذنا بالانتفاع القاصر، وأنه لا يجوز للمباح له أن ينقل الانتفاع إلى غيره، فإباحة المنافع كإباحة الأعيان لا تقتضي تمليكا فلا يملك

(١) روضة القضاة لابن السمناني ٢/٥٣٢.

(٢) تبيين الحقائق ٣/٢٥٣، وحاشية ابن عابدين ٤/١٤٤.

(٣) انظر: لسان العرب، مادة (ب وح).

(٤) المنثور في القواعد للزركشي ١/٧٣.

المأذون له الإنابة ولا المعاوضة[١] وقد سمى القرافي إعطاء هذا الحق بتمليك الانتفاع وفرق بينه وبين ملك المنفعة بأن «تمليك الانتفاع يراد به أن يباشره هو بنفسه فقط وتمليك المنفعة أعم وأشمل فيباشر بنفسه ويمكّن غيره من الانتفاع بعوض وبغير عوض، وتمليك الانتفاع كسكنى المدارس والرباط، ومنه الوقف على السكن إذا لم يزد على ذلك فإن زاد كقوله ينتفع بجميع أنواع الانتفاع، فهو تصريح بتمليك المنفعة وصار من النوع الثاني»[٢].

ومنافع الأموال وكذا الحقوق التي تستباح بإباحة الأفراد ما كانت حقا خالصا للعباد، لأنها تستباح بإباحة المالك، فإذا كانت الإباحة بغير عوض كان للمبيح الرجوع فيما لم يستهلك، وتتحقق الإباحة الخاصة في ذلك بالإذن للآخر من مالك العين أو من مالك المنفعة لينتفع المأذون له بالعين على الوجه الذى أذن له فيه، كأن يأذن إنسان لآخر بأن يركب سيارته أو يضيفه للمبيت عنده أو يأذن له باجتياز ممره الخاص أو إمرار الماء في مجراه الخاص، ويستوي في ذلك أن يكون الآذن مالكا للرقبة أو مالكا للمنفعة فقط كأن يأخذه بطريق الإجارة أو الإعارة أو الوصية أو الوقف إذا تحقق شرط صحة الإذن لمالك المنفعة على التفصيل الوارد في كتب الفقه في مواضعه[٣].

والإباحة التي مصدرها العباد ينتهي الإذن فيها بانتهاء المدة إن كان هناك أمد من الآذن أو بعدول الآذن عن إذنه ورجوعه فيه أو بوفاته أو بوفاة المأذون له، فإذا وجد شيء من هذه الأشياء بطل حق المأذون له في الانتفاع ولم يبق لورثته حق فيه، لأن الإباحة لا تفيد تمليكا وإنما تفيد حق انتفاع شخص وانتهاء الإذن بانتهاء أمده أمر واضح لا يحتاج إلى بيان أما انتهاؤه برجوع الآذن فلأن

(١) انظر: تفسير القرطبي ١٢/١٠، تفسير الرازي ٢/٣٦.

(٢) الفروق ١/١٩٤.

(٣) موسوعة الفقه الإسلامي ١/٢٩.

هذا الإذن لا يتقيد به الآذن ولا يلزمه المضي فيه عند جمهور العلماء لأنه تبرع[١] ولأن الإباحة يمكن للمبيح الرجوع فيها.

ولا يعلم للقاعدة مخالف، وإن كان بينهم خلاف في بعض الفروع هل هي من قبيل الإباحة أم من قبيل التمليك؟ كالضيافة مثلا؛ فقد ذهب الحنفية والمالكية والحنابلة والقفال من الشافعية، إلى أن الضيافة إباحة وليست تمليكا، فالضيف إنما يتناول الطعام على ملك المبيح[٢]، وذهب جمهور الشافعية إلى أن الضيافة تمليك، لأنها بالتقديم ألحقت بالمباحات، والمباحات تملك بالاستيلاء، وهل يملك الطعام بالوضع بين يديه أو في الفم أو بالأخذ أو بالازدراد؟ أوجه عندهم[٣].

ومن هذا أيضًا اختلافهم في العارية، هل هي تمليك للمنافع أو إباحة التصرف؟ فذهب الشافعية والحنابلة إلى أن منافع العين المعارة لا تنتقل إلى ملك المستعير، لا بالقبض ولا بغيره لأن العارية عندهم تفيد إباحة المنافع للمستعير لا تمليكها، بينما خالفهم الحنفية والمالكية فذهبوا إلى أنها تمليك[٤]، والقاعدة موضوع الشرح تدخل في قواعد أنواع الملك والتمليكات.

أدلة القاعدة:

لأن المنافع غير قابلة للملك لكونها معدومة، وجعلت موجودة في الإجارة للضرورة، وقد اندفعت بالإباحة[٥].

---

(١) موسوعة الفقه الإسلامي ٢٩/١ لوزارة الأوقاف المصرية.
(٢) انظر: التوضيح ٩/٢، الفروق للقرافي ٢١٣/٣، قواعد ابن رجب ص ١٩٧، شرح النيل ٢١٢/٩.
(٣) انظر: المنثور للزركشي ٧٣/١، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣١٧.
(٤) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٠٥، نهاية المحتاج ١١٩/٥، المغني ٢٢٧/٥.
(٥) الهداية شرح البداية ٢٢١/٣.

تطبيقات القاعدة :

١- إذا أباح الرجل لآخر شيئًا من مطعوماته، كأن ينزل به ضيف، فليس للضيف التصرف فيها بوجه مما يتوقف على الملك كبيع وهبة وصلح، ولكن له الأكل والتناول، لأن الإباحة ليست تمليكا بل هي تسليط على التصرف فيقتصر على مقدار الإذن والرخصة[١].

٢- ذهب الشافعية والحنابلة إلى أنه لا يجوز للمستعير أن يعير العارية لآخرَ يستعملها كاستعماله؛ بناء على ما ذهبوا إليه من أن العارية إباحة لا تمليك، خلافا للحنفية والمالكية الذين جوزوا له ذلك بناء على ما ذهبوا إليه من أنها تمليك للمنفعة وليست مجرد إباحة[٢].

٣- من له سهم أو من يُرْضَخ له[٣] من الغنيمة يباح له الأخذ منها قبل قسمها للضرورة، بقدر ما يكفيه مما يؤكل عادة، وما لا يؤكل عادة لا يجوز له أن يتناوله، ولا يملك بالأخذ وإنما أبيح له التناول للحاجة فقط[٤]، ولا يجوز له إباحة ما أخذه على هذا الوجه لغيره؛ لأن المباح له لا يملك الإباحة.

٤- إذا خصص شخص دارًا له لإيواء من انقطع بهم الطريق، ولا مكان يأوون إليه، فإن المنتفعين بهذه الدار لهم حق الانتفاع فقط، إذ لا يملكون أن يملكوا غيرهم منفعة هذه الدار بعوض أو بغير عوض[٥] لأن المباح له لا يملك الإباحة.

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي ١١١/٥، مواهب الجليل ٥/٤، المنثور للزركشي ٧٣/١، قواعد ابن رجب ص١٩٧، البحر الزخار ٨٧/٣، شرح المجلة لكاشف الغطاء ٩٥/٣.

(٢) انظر: المنثور للزركشي ٧٤/١، نهاية المحتاج ١١٩/٥، كشاف القناع ٧٢/٤، الهداية للمرغيناني ٣٢١/٣، الشرح الصغير مع حاشية الصاوي ٥٧٠/٣.

(٣) أي يُعطى شيئا قليلاً، يقال: رضخ له إذا أعطاه شيئا قليلاً انظر: المطلع على ألفاظ المقنع ص٢٥٦.

(٤) انظر: تبيين الحقائق ٢٥٢/٣ – ٢٥٣.

(٥) الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة ص٧٢.

٥- المنتفع بملك جاره من وضع خشب وممر في دار ونحوه - لا يحصل له بذلك ملك[1]، فلا يجوز أن يبيحه لغيره؛ للقاعدة

د. عبد اللطيف العلمي

* * *

(١) انظر: قواعد ابن رجب ص١٩٧.

رقم القاعدة: ٨٤٨

نص القاعدة: المُبَاحُ لا يُملَك إلا بالإحْرَاز[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- المباحات تملك بالاستيلاء عليها[٢].

٢- المباح يملك بإثبات اليد[٣].

٣- المباح إنما يملك بالأخذ وإثبات اليد[٤].

٤- حيازة الأشياء المباحة سبب لملكيتها[٥].

قواعد ذات علاقة:

١- كل ملك انتقل بغير عوض فلابد من حيازته[٦]. (أعم).

---

(١) درر الحكام لعلي حيدر ٢٧٧/٣، حاشية للشلبي ٨٧/٧ تكملة البحر للطوري ٢٤٣/٨، منحة الخالق لابن عابدين ٨٤/٦، وانظر: رياض القاسمين للقاضي كامي ٤٨٢/٠، نتائج الأفكار قاضي زاده ٨٠/١٠.

(٢) الفوائد المبنية للشعراني ١٩/١/ب، ٢١/أ.

(٣) صنوان القضاء للأشفورقاني ١٥٢/٣.

(٤) صنوان القضاء للأشفورقاني ١٥٦/٣.

(٥) انظر: الإعلام لأبي الوفا ١٠٤/٧.

(٦) الكليات الفقهية لابن غازي ١٩١/١ (نسخة مرقونة)، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "التبرع لا يتم إلا بالقبض".

٢- من سبق إلى مباح فقد ملكه[١]. (أصل مقيد بالقاعدة).

٣- المباح لا يكون محلاً للعقود قبل إحرازه[٢]. (أخص).

٤- لا يجوز بيع المباح قبل حيازته[٣]. (أخص).

شرح القاعدة:

المراد بالمباح هنا ما ليس له مالك مما خلقه الله تعالى مما على ظهر الأرض من حجر وتراب ونبات وحيوان ومياه الأمطار والبحار والأنهار والعيون والسمك واللآلئ والطيور كما يشمل ما في باطن الأرض من جواهر ومعادن ونفط وغاز ومواد مختلفة من كبريت وزرنيخ وأملاح، وما إلى ذلك فقد خلق الله تعالى الأرض وما عليها وما فيها لمصالح الإنسان يستفيد منها ويستعين بها على عمارة الأرض لعبادة الله تعالى وليس المراد بالمباح في القاعدة المال المملوك الذي أباحه مالكه لغيره وأذن له بالانتفاع به من استهلاك وغيره كالطعام الذي يقدمه المزور لضيفه والسيارة التي يأذن مالكها لغيره باستعمالها.

والفرق بين المال المباح والمال الضائع هو أن المباح ليس له مالك، والمال الضائع له مالك ولكنه غير معروف، كمالٍ وُجد في غير الطريق كالمسجد والدكان والبستان وحكمه أنه لبيت مال المسلمين، ومنه اللقطة[٤] وقد عقد لها الفقهاء بابًا خاصًا في كتبهم الفقهية.

والإحراز للشيء هو أن يضعه في حرز حصين، وهو قريب في المعنى من الاستيلاء ووضع اليد والأخذ وما إلى ذلك.

---

(١) المدخل الفقهي لمصطفى الزرقا ٣٣٦/١ وانظر قاعدة: "من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به"، في قسم القواعد الفقهية.

(٢) الملكية لأبي زهرة ص ٩٦، وانظر: الإعلام لأبو الوفا ١٠٤/٧.

(٣) انظر: الإعلام لأبي الوفا ١٠٤/٧ ونقله عن ابن جماعة.

(٤) انظر: الموسوعة الكويتية ٢٤٨/٨.

وكما تملك هذه الأشياء المباحة الباقية على أصل الخلقة، تملك كذلك الأرض نفسها وهي الأرض الموات التي لا مالك لها، وهو ما يعبر عنه في كتب الفقه بإحياء الموات وعقد له الفقهاء في كتبهم بابًا خاصًا به، ذكروا فيه أحكامه التفصيلية.

ومع أن الأرض لا تملك بالإحراز بل بالإحياء - وهو بناؤها بالفعل أو إعدادها للزراعة على ما جرت به العادة، إلا أن معنى الإحراز في القاعدة أعم من مدلوله اللغوي، فيشمل الاستيلاء ووضع اليد وغير ذلك، وعليه فإن تملك الأرض بالإحياء يكون داخلا في مضمون القاعدة.

وبما أن الدين قد حرم الضرر في كل شيء فلا يجوز تملك المباح إلا بشرط عدم الإضرار بالآخرين، فلا يجوز الأخذ زيادة عن الحاجة، لئلا يضيق على الآخرين فإذا كان النهر يمر على عدة بلاد لم يجز لأهل البلدة الأولى أن يأخذوا من مائه ما زاد عن حاجتهم أو أن يحولوا مجراه إلى بلادهم ليمنعوا مَنْ بعدهم من حقهم فيه، ولذا "اتفق الفقهاء على أنه لا يجوز إحياء حريم المعمور، وأنه لا يملك بالإحياء وكذلك حريم البئر المحفورة في الموات وحريم النهر»[(١)].

هذا ولا فرق بين أن يكون المباح في بلاد المسلمين أو في بلاد الكفار ولا بين أن يكون المتملك له مسلمًا أو كافرًا، لأن ما كان الأصل فيه الإباحة لا فرق فيه بين مسلم وكافر وعلى ذلك قالوا: «المباحات في دار الحرب يملكها من أخذها ويختص بها»[(٢)] بعبارة أخرى: «كل ما كان مباحًا في بلاد العدو ولا يملكه أحد منهم فأخذه جائز»[(٣)].

---

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية (٢/٣٧٩).

(٢) انظر: الإعلام لأبي الوفا ٧/١٠٤ نقلا عن ابن جماعة.

(٣) التاج والإكليل للمواق ٤/٥٥٠.

ووضع اليد على الشيء المرادِ تملكه إما أن تكون اليد فيه يدًا حقيقية كمن يغرف من النهر بيده أو يمسك طائرًا بيده، وإما أن تكون يدًا حكمية كمن جاء بإنائه ووضعه تحت المطر وذهب ثم رجع فوجده ممتلئًا فإنه يملك ما فيه من ماء ويعتبر واضعًا يده عليه حكمًا.

علما بأن الإحراز باليد الحكمية يشترط فيه أن يكون بنية التملك فمن ملأ إناءه من ماء المطر أو النهر بنية التملك ملكه، فإن ملأه بنية نقل الماء وإراقته لعدم الحاجة إليه لم يملكه كما هو ظاهر وفقًا لقاعدة: «الأمور بمقاصدها»، ومثله ماء الصهاريج فإنها جُعلت لتملأ بماء المطر للاستفادة منها فيما بعد فهي بذلك محرزة بمثابة الآنية كالقدر والخابية، بخلاف الأنهار في الأراضي المملوكة فإن الماء فيها لا يراد بإجرائه فيها الإحراز بل مجرد النقل «فلا بد لتملك ما تجمع فيها من ماء من وجود القصد، أما من غير قصد فإن الملكية تثبت غير مستقرة، ولا تستقر إلا بصيرورة الاستيلاء حقيقيًا، وهذا باتفاق المذاهب»[١].

وقد اختلف الفقهاء في التوكيل بتملك المباحات كمن وكل وكيلاً بالاحتطاب له من الغابة أو الاصطياد من البحر، فقال بعضهم: إنه يصح وهو أحد قولي الشافعي وقول للحنفية وأبطل بعضهم هذه الوكالة لأنه حين يتملكه يقع له لا لوكيله وهذا إن نواه لنفسه، فإن نواه لوكيله صح، لأن الأمور بمقاصدها، وليس له بعد ذلك أن يصرفه إلى ملكه وعليه ورد الضابط الذي يقول: «الوكالة في تملك المباحات تصح»[٢].

ومجال تطبيق القاعدة، الملكُ وما يتعلق به من حقوقه وأنواعه وأسبابه

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية ١٦٣/٤.

(٢) روضة القضاة لابن السمناني ٦٣٥/٢.

أدلة القاعدة :

١- قول رسول الله ﷺ: «من سبق إلى ما لم يسبقه إليه مسلم فهو له»[١]. ومعمول سبق محذوف والتقدير: سبق إلى إحراز ما لم يسبق مسلم إلى إحرازه وهو مفهوم من السياق واللام في قوله له تفيد الملك، فلا بد من الإحراز للمباح حتى يستقل بملكه وينتفع به انتفاعًا كاملاً ولا يتنازع الناس على المباحات، فجعل الحق لأول من أحرزه.

٢- قال رسول الله ﷺ «لأن يأخذ أحدكم حبله ثم يغدو إلى الجبل فيحتطب، فيبيع، فيأكل ويتصدق، خير له من أن يسأل الناس»[٢].

ولا يخفى أن الإتيان المذكور هنا هو عين الإحراز، وتجويز النبي ﷺ بيع الحطب دليل الملك بالإحراز.

٣- قال رسول الله ﷺ: «مِنى مُناخ مَن سبق»[٣]. وهذا الحديث وإن ورد في منى يقاس عليها كل ما في معناها من المباحات والمراد هنا إباحة الانتفاع لا الملك إذ لا يجوز تملك المشاعر المقدسة وقد سبق بيان الحكمة من استحقاق السابق دون غيره في الكلام على الدليل الثاني.

تطبيقات القاعدة :

١- لو انكسر جناح طائر ليس ملكًا لأحد فوقع في أرض شخص فعجز عن الطيران فأخذه رجل ليس بمالك للأرض فهو للذي أخذه لأنه قد

---

(١) رواه أبو داود في سننه ٣/٥٠٩ (٣٠٦٦) من حديث أسمر بن مضرس رضي الله عنه.

(٢) رواه البخاري ٢/١٢٥ (١٤٨٠)، ومسلم ٢/٧٢١ (١٠٢٤) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٣) رواه أحمد ٤٢/٣٤٩، ٤٧١ (٢٥٥٤١)، (٢٥٧١٨)، وأبو داود ٢/٢١٢ (٢٠١٩)، والترمذي ٢/٢١٩ (٨٨١)، وابن ماجه ٢/١٠٠٠ (٣٠٠٦)، (٣٠٠٧)، من حديث عائشة رضي الله عنها، وقال الترمذي: حديث حسن.

أحرزه ولم يوجد من صاحب الأرض إحراز[١].

٢- لو ملأ مالك الدار صهريجًا من ماء المطر ملك ما فيه وليس للمستأجر منه إلا ما أباحه المؤجر[٢].

٣- إذا أخذ صيدًا في البرية ليس ملكًا لأحد ملكه لأن الصيد البري من جملة المباحات فتملك بالاستيلاء عليها[٣].

٤- يباح الشرب وسقي الدواب دون سقي الأرض من الأنهار المملوكة والآبار والحياض المملوكة أيضًا لأن مياهها لم توضع فيها للإحراز والمباح لا يملك إلا بالإحراز[٤].

٥- من نصب شبكته في نهر ثم ذهب ثم رجع فوجد السمك قد وقع فيها ملكه بالاستيلاء عليه ولا يجوز لغيره أن يتصرف به بدون إذن الحائز الأول ولو أتلفه كان ضامنًا[٥].

محمد بشير الإدلبي

* * *

(١) انظر: الملكية للخفيف ص٢٢٣، المبسوط للسرخسي ٢٥١/١١، البيان للعمراني ٥٠٥/٧.
(٢) تكملة البحر للطوري ٢٤٢/٨.
(٣) انظر: الفوائد المبنية للشعراني ١٩/١/ب.
(٤) انظر: تكملة البحر ٢٤٨/٨، البيان للعمراني ٥٠٥/٧.
(٥) تحرير المجلة لكاشف الغطاء ٢٥٠/٣.

رقم القاعدة: ٨٤٩

نص القاعدة: مِلْكُ الـمُبِيحِ لَا يَزُولُ بِالإِبَاحَةِ[١].

ومعها :

المبيح له الرجوع عن إباحته متى شاء.

صيغ أخرى للقاعدة :

١- الإباحة لا تزيل ملك المبيح[٢].

٢- ملك المالك لا يزول بالإباحة[٣].

٣- الإباحة لا توجب ملكًا[٤].

٤- من أبيح له الانتفاع بشيء لم يملكه[٥].

٥- المباح له ليس بمالك[٦].

---

(١) المبسوط ١١/٢ وفي لفظ: "إباحة الشخص ماله لغيره لا تخرجه عن ملكه" أحكام المعاملات الشرعية لعلي الخفيف ص ٥٠ (الهامش).

(٢) المحيط البرهاني ١٦٦/٨، صنوان القضاء ١٧١/٣.

(٣) انظر: المنثور ٧٣/١.

(٤) انظر: العناية ٣٢٠/٤.

(٥) أحكام المعاملات الشرعية للشيخ علي الخفيف ص ٤٩.

(٦) المدخل الفقهي العام ٣٧٣/١ وفي لفظ: "الإباحة خلاف الملك" الملكية في الشريعة الإسلامية للشيخ علي الخفيف ص ١٩.

٦- من أباح لغيره شيئًا لا يزول أصل ملكه به[١].

قواعد ذات علاقة :

١- الأصل بقاء الأملاك على ملك أربابها[٢]. (متكاملة).

٢- المبيح له الرجوع عن إباحته متى شاء[٣]. (أخص).

٣- المباح له لا يملك أن يبيح لغيره[٤]. (أخص).

شرح القاعدة :

الإباحة في اللغة تأتي بمعنى الإحلال والإطلاق، يقال: أبحتك الشيء؛ أي أحللته لك وأجزت لك تناوله وفعله، وأباح الشيء: أطلقه والمباح خلاف المحظور[٥].

والإباحة في اصطلاح الفقهاء - في هذا الموضع - عرفها الزركشي بقوله: «تسليط من المالك على استهلاك عين أو منفعة ولا تمليك فيها»[٦]. وقال البهوتي: إن «الإباحة رفع الحرج عن تناول ما ليس مملوكًا له»[٧].

---

(١) المبسوط ١٠/٩٠ وبمعناه في حاشية المكاسب لمحمد قاسم الخراساني١/٨٣.

(٢) الفروق للقرافي – وما معه- ١/١٨٨، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "الأصل بقاء الملك".

(٣) تحرير المجلة لكاشف الغطاء ٣/٢٤٥.

(٤) المبسوط ١١/١٣٣، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "المباح له لا يملك الإباحة".

(٥) انظر: لسان العرب، تاج العروس، مادة "بوح".

(٦) المنثور ١/٧٣.

(٧) كشاف القناع ٤/٦٢.

وقد يعبرون عن الإباحة بحق الانتفاع، أو تمليك الانتفاع، من ذلك ما قاله القرافي في (الفرق الثلاثون بين قاعدة تمليك الانتفاع وبين قاعدة تمليك المنفعة) فتمليك الانتفاع نريد به أن يباشر هو بنفسه فقط وتمليك المنفعة هو أعم وأشمل فيباشر بنفسه ويمكن غيره من الانتفاع بعوض كالإجارة وبغير عوض كالعارية مثال الأول سكنى المدارس والرباط والمجالس في الجوامع والمساجد=

ومعنى القاعدة: أن من أباح لغيره شيئًا من أمواله وأملاكه بأن يأذن له في استهلاكه، أو باستعماله، فإن هذا الشيء لا يخرج عن ملك المبيح طالما كان موجودًا ولم يستهلك، وبناءً عليه فإن المبيح يجوز له أن يرجع فيما أباحه متى شاء، كما أن للمباح له أن يتصرف فيه وفق ما أذن له، ولا يتصرف فيه تصرف المالك في ملكه، فليس له - مثلاً - أن يبيحه لغيره، ولا أن يهبه أو يبيعه أو يؤجره.

ومنشأ هذه القاعدة هو التفرقة بين تمليك العين - أو المنفعة - وبين تمليك الانتفاع بها، فلو أباح إنسان لآخر أن يأكل من طعامه، أو من ثمرة بستانه لا يملك المباح له شيئًا من الطعام أو الثمرة، ولا يحق له أن يبيع ولا أن يبيح لغيره، وإنما يحق له أن يأكل فقط؛ إذ لا يملك التمليك أو الإباحة إلا المالك، والمباح له ليس بمالك، وهذا بخلاف ما لو ملكه إياه، أو تملكه بسبب من أسباب الملكية.

وكذلك لو أباح إنسان لآخر استعمال ما يشاء من أملاكه فللمباح له أن يستعمل بنفسه، ولا يملك ما سوى ذلك من التصرفات، إلا إذا قامت الدلائل على أن المراد بالإباحة تصرفات أخرى غير مجرد الإباحة، كما استهدى من آخر شيئًا فأجابه بقوله: قد أبحته لك فخذه، فإنها تكون هبة عندئذ؛ إذ العبرة في العقود للمقاصد والمعاني، لا للألفاظ والمباني[1].

= والأسواق ومواضع النسك كالمطاف والمسعى ونحو ذلك فله أن ينتفع بنفسه فقط ولو حاول أن يؤاجر بيت المدرسة أو يسكن غيره أو يعاوض عليه بطريق من طرق المعاوضات امتنع ذلك وكذلك بقية النظائر المذكورة معه وأما مالك المنفعة فكمن استأجر دارا أو استعارها فله أن يؤاجرها من غيره أو يسكنه بغير عوض ويتصرف في هذه المنفعة تصرف الملاك في أملاكهم على جري العادة على الوجه الذي ملكه فهو تمليك مطلق في زمن خاص حسبما تناوله عقد الإجارة أو شهدت به العادة في العارية" اهـ الفروق - وما معه- ١/ ١٨٧.

(١) انظر: المدخل الفقهي العام ١/ ٣٧٣.

والإباحة والإذن قد يكون من المالك، كأن يأذن شخص لآخر بأن يركب في سيارته، أو يبيت في منزله، أو يجتاز حديقة داره، وقد يكون بإذن الشارع كما في الانتفاع بالماء غير المملوك لأحد، وبالكلأ قبل إحرازه[١].

ومالك الانتفاع المجرد يباشر الانتفاع بالعين التي أبيح له أو أذن له في استيفاء منافعها، وله أن يستوفي المنفعة بنفسه أو بمن يقوم مقامه وينوب عنه في استيفاء المنفعة له - لا لنفسه - كوكيله، وابنه أو زوجته[٢].

والإباحة في هذه القاعدة تشمل إباحة الاستهلاك، ومن أمثلة ذلك الأطعمة والأشربة التي تكون في الضيافة والولائم بمناسباتها المتعددة، والمباح فيها الأكل والشرب دون الأخذ وتشمل أيضًا إباحة الانتفاع كإذن مالك الدابة أو السيارة لغيره بركوبها، وإذن مالك الكتبُ للاطلاع عليها[٣]. قال الهيتمي رحمه الله تعالى: «لفظ الإباحة صريح في جواز الانتفاع بالشيء المباح، ثم إن كان الانتفاع به لا يمكن إلا بذهاب عينه كانت الإباحة قبل إتلافه غير لازمة فهو باق على ملك مالكه وله التصرف فيه بأي وجه أراد.

وليس للمباح له التصرف فيه بغير الوجه الذي أبيح له وهو أكله مثلاً فإذا أتلفه بأكله أو نحوه تبينا أنه مَلَكَه قبيل إتلافه.

وإن كان الانتفاع به ممكنا مع بقاء عينه،كالأرض كانت الإباحة مفيدة لجواز انتفاعه لا لملكه العينَ ولا المنفعة فلا يجوز له إجارته ولا إعارته لأنه إنما

---

(١) انظر: أحكام المعاملات الشرعية للشيخ علي الخفيف ص ٤٩.

(٢) انظر: قواعد الفقه لابن رجب ص ١٩٢، نظرية المنفعة في الفقه الإسلامي لتيسير محمد بورمو ص ١٥٨، ١٥٩.

(٣) انظر: الموسوعة الفقهية ١/ ١٣٢.

ويجدر التنبيه هنا على أن الضيافة تلحق بالمباحات التي تملك بالاستيلاء والإحراز عند جمهور الشافعية، خلافًا للقفال - ومن وافقه- الذي اعتبرها إباحة، كما في هذه القاعدة انظر: المنثور ١/ ١٧٣.

ملك أن ينتفع ولا فرق في ذلك كله بين أن يقيد الإباحة بمدة أو يطلقها لأنه إذا جاز تعليقها إذ لا تمليك فيها فتوقيتها أولى»[(١)].

ومجمل القول: أن الفقهاء اتفقوا على أن مالك الانتفاع المجرد ليس له إلا حق الاستعمال أو الانتفاع والاستغلال الشخصي، وليس له حق التصرف في العين بغير ذلك[(٢)]، ذلك أن المباح لا يخرج عن ملك صاحبه بالإباحة، مع وجود الخلاف والتفصيل فيما إذا تعلقت الإباحة بعين من الأعيان، كما في الدعوة إلى الطعام، فقد سبق قول ابن حجر الهيتمي أنه يملكه قبيل استهلاكه، وقال الحنفية إنه لا يملكه أصلاً، بل يهلكه على ملك المبيح، مع اتفاقهم على أنه إن استهلك المباح له ما أبيح له فليس للمبيح المطالبة بقيمته أو مثله بعد ذلك[(٣)].

أدلة القاعدة :

١- حديث أنس بن مالك أن رسول الله ﷺ لما فرغ من قتال أهل خيبر وانصرف إلى المدينة رد المهاجرون إلى الأنصار منائحهم التي كانوا منحوهم من ثمارهم[(٤)].

قال النووي – رحمه الله تعالى: «هذا دليل على أنها كانت منائح ثمار أي إباحة للثمار لا تمليك لرقاب النخل فإنها لو كانت هبة لرقبة النخل لم يرجعوا فيها فإن الرجوع في الهبة بعد القبض لا يجوز وإنما كانت إباحة كما ذكرنا

---

(١) الفتاوى الفقهية الكبرى ٣/٣٠١.

(٢) انظر: نظرية المنفعة في الفقه الإسلامي ص ١٥٨.

(٣) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٢/٢٦ وانظر مذهب الحنفية في المسألة أيضًا في: المبسوط ٥/٦١، ١١/١٤٠، بدائع الصنائع ٥/١٠١، الهداية ٣/٢٦٩، العناية ٤/٣٢٠، شرح فتح القدير ٣/٢٥٠، البحر الرائق ٤/١١٨، حاشية ابن عابدين ٢/٢٩٢، ٦/١١٦.

(٤) رواه البخاري ٣/١٦٥-١٦٦ (٢٦٣٠)، ومسلم ٣/١٣٩١-١٣٩٢ (١٧٧١)/(٧٠).

والإباحة يجوز الرجوع فيها متى شاء»[١].

٢- ما روي عن أنس رضي الله مرفوعًا: «المنحة مردودة والعارية مؤداة»[٢].

فقد دل هذا الحديث على أن من بذل لغيره منفعة شيء من ماله فإنه يرده عليه؛ لأنه لم يخرج عن ملك المبيح إلى ملك المباح له قال ابن بطال: «المنيحة هى الناقة والشاة ذات الدر تعار للبنها، ثم ترد إلى أهلها، والمنحة عند العرب هي تمليك المنافع لا تمليك الرقاب»[٣]. أي أن أعيانها باقية على ملك أربابها ويدخل في معنى المنيحة كل عطية وإباحة من الأرض أو من الأنعام أو من الثمار أو من غيرها[٤].

٣- ويستدل لها بعموم النصوص الدالة على حرمة الظلم وحرمة مال المسلم وأنه لا يخرج عن ملكه إلا بحق واجب عليه أو برضا وطيب نفس منه؛ لأن المبيح لم يرض بخروج العين – ولا المنفعة - عن ملكه، فإخراجه عن ملكه بدون مسوغ شرعي ظلم وتعدٍّ يتنافى مع العدل التام الذي بنيت عليه هذه الشريعة الربانية[٥].

---

(١) شرح النووي على صحيح مسلم ١٢/٩٨ وانظر: المحلى ٩/١٦٤.

(٢) رواه أحمد ٣٦/٦٢٨ (٢٢٢٩٤)، وأبو داود ٤/٢٠٣ (٣٥٦٠)، والترمذي ٣/٥٦٥ (١٢٦٥)، والنسائي في الكبرى ٥/٣٣٢-٣٣٣ (٥٧٤٩) (٥٧٥٠)، وابن ماجه ٢/٨٠١-٨٠٢ (٢٣٩٨)، وقال الترمذي: حسن غريب.

(٣) شرح ابن بطال ٧/١٥٠، المبسوط ٢٠/٢٨.

(٤) انظر: المصدر السابق ٧/١٥١، التمهيد لابن عبد البر ٢/٣٢٤، جامع الأصول ١١/٥٩٤.

(٥) انظر: المحلى ٩/١٦٤.

تطبيقات القاعدة :

أولاً - التطبيقات التي هي أحكام جزئية :

١- من وجد ما يعلم أن مالكه لا يطلبه كقشور الرمان والنوى له أن يأخذه وينتفع به إلا أن صاحبه إذا وجده في يده بعد ما جمعه كان له أن يأخذه منه؛ لأن إلقاء ذلك من صاحبه كان إباحة الانتفاع به للواجد ولم يكن تمليكا من غيره فإن التمليك من المجهول لا يصح وملك المبيح لا يزول بالإباحة[1].

٢- إذا أباح أحد لآخر شيئًا من مطعوماته فأخذه، كان له الأكل والتناول من ذلك الشيء، ولكن ليس له التصرف فيه بوجه من لوازم التملك كالبيع والهبة والصدقة؛ لأنه ما لم يأكل فلا يزول منه ملك المبيح[2].

٣- من وجبت عليه كفارة يمين فأعار المساكين أثوابًا لم يجزئه؛ لأن الكفارة لا تتأدى إلا بفعل يزيل ملك العين، والإعارة إباحة لا تزيل ملك المالك[3].

٤- إذا أخذ صيدا ملكه وإذا أرسله لا يزول ملكه، فإذا قال: أبحته لكل من أخذه حل لمن أخذه أكله، ولا يجوز للآخذ بيعه وإنما يحل له أكله؛ لأن ملك المالك لم يزل بالإباحة[4].

٥- لو وهبت إحدى الضرتين قسمها لصاحبتها أو رضيت بترك قسمها؛ جاز؛ لأنه حق ثبت لها، فلها أن تستوفي، ولها أن تترك، فإن رجعت

---

(١) انظر: المبسوط ١١/٢، حاشية ابن عابدين ٥٣٧/٢ وهناك قول آخر في المذهب الحنفي نفسه أنه يملكها، كما هو المذهب عند الحنابلة وغيرهم انظر: تبيين الحقائق ٣٠٤/٣، المحرر ٣٦٨/١.

(٢) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٤٢٦/٢.

(٣) انظر: الاختيار لتعليل المختار ٥٣/٤ وراجع أيضًا: درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٢٥٦/٣.

(٤) انظر: تبيين الحقائق ٣٠٤/٣، روضة الطالبين ٢٥٦/٣، المنثور ٧٣/١.

عن ذلك، وطلبت قسمها، فلها ذلك؛ لأن ذلك كله كان إباحة منها، والإباحة لا تكون لازمة كالمباح بل يصح الرجوع عن ذلك[1].

٦- لو قال شخص لآخر: أبحت لك مالي لتحج به لا يجب عليه الحج؛ لأن المعتبر فيه الملك، وهنا القدرة[2]، والتمكن حاصل بالإباحة، والإباحة لا تفيد الملك، فلم توجد الاستطاعة الكاملة.

٧- لو قال لغيره: أبحت لك ما في داري من الطعام أو ما في بستاني من العنب جاز له أكله ولا يجوز أن يحمله أو يبيعه أو يطعم غيره[3]؛ لأنه لم ينتقل من ملك صاحبه.

٨- لو أوصى لغيره بالمنافع مدة حياته فإنه يستحقها على جهة الإباحة اللازمة لا التمليك حتى أنه إذا مات لا تورث عنه[4]، ومن ذلك أيضًا ما لو أوصى بأن يسكنوا فلانا في داره ما بقيت فليس للموصى له أن يؤجرها من غيره بناءً على موجب هذه القاعدة[5].

٩- لو رهن أرضا وأباح للمرتهن أو غيره منافعها مدة بقاء الدين، انتهت الإباحة بموت المبيح فيغرم المنافع من حينئذ[6]؛ لأن ملك المبيح لا يزول بالإباحة، وبموته انتقل إلى الورثة، وزال حق المباح له في الانتفاع.

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٢/٣٣٣.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٢/١٢٢، فتح القدير ١/١٤٢.

(٣) انظر: المنثور ١/٧٣، نهاية المحتاج ٥/٤١٣.

(٤) المنثور ١/١٧٥.

(٥) انظر: البحر الزخار ٦/٣٢٧ وراجع أيضًا نظرية المنفعة في الفقه الإسلامي ص ١٦٠.

(٦) بغية المسترشدين للحضرمي ص ١٧٨.

ثانيًا - التطبيقات التي هي قواعد فقهية :

٨٥٠- نص القاعدة: المبيح له الرجوع عن إباحته متى شاء[١].

ومن صيغها :

١- للمبيح حق الرجوع عن إباحته[٢].

٢- للمبيح صلاحية أن يرجع عن إباحته[٣].

٣- الإباحة يجوز الرجوع فيها متى شاء[٤].

٤- الإباحة لا تكون لازمة[٥].

٥- للمبيح أن يرجع فيما قال[٦].

٦- للمبيح الرجوع فيما لم يتلفه المباح له[٧].

شرح القاعدة :

هذه القاعدة من آثار ونتائج القاعدة الرئيسة، ومعناها واضح: أي أن من أذن لغيره في الانتفاع بشيء من أملاكه جاز له الانتفاع به، ولا يخرج الشيء

---

(١) تحرير المجلة لكاشف الغطاء ٢٤٥/٣ وبمعناه في التاج المذهب ٢٦٨/٣، أصول المذهب الزيدي وقواعده للسياغي ص ٣٤.

(٢) المجلة العدلية – مع شروحها – المادة ١٢٢٦ وفي لفظ: "يجوز للمبيح أن يرجع عن إباحته" مصباح الفقاهة ١٩٧/٢.

(٣) شرح المجلة للأتاسي ١٦٩/٤، مرآة المجلة ليوسف آصاف ١٤٧/٢.

(٤) شرح النووي على صحيح مسلم ٩٨/١٢.

(٥) بدائع الصنائع ١٢٢/٢.

(٦) الاختيارات الفقهية ص ٥١٥.

(٧) انظر: المنثور ٧٣/١.

المباح عن ملكية صاحبه، ولا يسقط حقه في التصرف فيه، بل له الحق في أن يرجع في إباحته متى شاء، فيسترد العين المباحة مادامت قائمة، ويمنع المباح له من الانتفاع بملكه في أي وقت يريد؛ ولا يمنع من ذلك؛ لأن الإباحة تبرع والتبرعات غير لازمة كما نصت على ذلك القاعدة الأخرى: «لا لزوم على المتبرع»(١)؛ لأن المتبرع محسن، وما على المحسنين من سبيل.

وحق الرجوع في الإباحات ينتقل – في الجملة - إلى كل من انتقل إليه ملكية الشيء المباح، مثل الوارث، أو المشتري، ولذلك قالوا: «لو أذن صاحب الدار لإنسان في حفر بئر تحت داره ثم باعها كان للمشتري أن يرجع كالبائع»(٢)، و«لو بنى أحد في الطريق غير النافذ بناء أو غرفة بإذن عموم أصحاب الطريق ثم اشترى أحد من غير سكان تلك الدار دارا في تلك الطريق فللمشتري أن يطلب رفع البناء أو الغرفة»(٣).

ولم نقف على خلاف في أن المبيح إذا احتاج إلى ملكه، أو كان في دوام الإباحة ضرر عليه جاز له الرجوع – مؤقتة كانت الإباحة أم مطلقة، ولكن إن لم يحتج إليه، فهل له حق الرجوع، أو لا رجوع له ويعتبر متعسفًا؟ الظاهر مما تيسر الوقوف عليه من أقوال الفقهاء هو الأول؛ بناءً على أن «الناس مسلطون على أموالهم»(٤)، و«لا يجوز إجبار المتبرع على إكمال تبرعه»(٥). ومهما يكن من أمر، فالذي لا خلاف فيه أنه «لا ينبغي لأحد أن يمنع أخاه ما ينتفع به أخوه ولا يضره هو»(٦)، والله تعالى أعلم.

---

(١) تبيين الحقائق ١/ ١٧٤.
(٢) تحفة المحتاج ٤/ ٤١٤.
(٣) درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٣/ ٢٥٨.
(٤) مصباح الفقاهة ٢/ ١٩٧.
(٥) درر الحكام ٣/ ٤٨١.
(٦) التمهيد لابن عبد البر ٦/ ٢٤١.

ومن تطبيقاتها:

١- إذا لم يكن لواحد حق المرور في عرصة آخر ومر فيها بمجرد إذن صاحبها مدة فلصاحبها بعد ذلك - أو لورثته بعد وفاته - منعه من المرور إن شاء، وليس له المرور بعد المنع بزعم أنه مر مدة بإذن من صاحب الملك وأنه قد ثبت له حق المرور بذلك[١].

٢- لو فتح من لا بابٍ له في السكة بابا برضا أهلها كان لأهلها الرجوع متى شاءوا[٢]، بناءً على موجب هذه القاعدة.

٣- من منح غيره شيئًا كدار يبيح سكناها، أو مركوب يمنح ركوبه أو أرض يمنح ازدراعها، فللمانح أن يسترد عين ما منح متى شاء[٣].

٤- من أباح لجاره أن يغرز خشبه في جداره، فاحتاج إلى جداره لأمر لا يريد به الضرر جاز له أن يأمره بنزع خشبه[٤].

٥- لو أن إنسانًا طرح ميتة فأخذ آخر صوفها له الانتفاع به وللمالك أخذه منه ولو سلخ الجلد ودبغه للمالك أن يأخذه ويرد عليه ما زاد الدبغ فيه[٥].

٦- من أباح لأحد أكل طعامه فله أن يأكل منه ما لم يمنعه المبيح[٦]؛ لأن للمبيح أن يرجع فيما أباح، فيكون أكله بعد المنع تعديًا على ملك الغير.

د. محمد خالد عبد الهادي هدايت

* * *

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٣/٢٥٨.
(٢) انظر: شرح الرافعي الكبير ١٠/٣١٤.
(٣) انظر: المحلى ٩/١٦٣.
(٤) هذه إحدى الروايتين عن الإمام مالك والرواية الثانية: ليس له ذلك، لأنه قد جاء في السنة أنه لا يمنعه انظر: المنتقى ٦/٤٣.
(٥) حاشية ابن عابدين ٤/٢٥٨.
(٦) انظر: شرح النيل ٣/٢٦٧.

المجموعة الثالثة: القواعد الفقهية الوسطى

الزمرة الثالثة: قواعد في الضمان

أولاً: قواعد في موجبات الضمان

ثانيًا: قواعد في مسقطات الضمان

ثالثًا: قواعد في أحكام الضمان

رابعًا: قواعد في تقدير الضمان



المجموعة الثالثة: القواعد الفقهية الوسطى

الزمرة الثالثة: قواعد في الضمان

أولاً: قواعد في موجبات الضمان



رقم القاعدة: ٨٥١

نص القاعدة: حَقُّ العَبْدِ لا يَتَوَقَّفُ عَلى القَصْدِ[١].

ومعها:

الخطأ والنسيان ليسا بعذر في إتلاف الأموال.

صيغ أخرى للقاعدة:

١- لا عبرة بالقصد وعدمه في حقوق العباد[٢].

٢- لا عبرة بالقصد في حق الآدمي[٣].

٣- حقوق الآدميين العامد والمخطئ فيها سواء[٤].

قواعد ذات علاقة:

١- حقوق الآدمي المحضة لا تسقط بالأعذار[٥]. (أعم).

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٢/٤٥٨.

(٢) التقرير التحبير ٣/١٣ (بتصرف).

(٣) الفروع ٥/٢٤٥، الإنصاف ٨/٣٥٤.

(٤) المنثور ٢/١٢٢، المقاصد السنية ص ٥٨ في لفظ: "باب الإتلاف يستوي فيها العامد والمخطئ" شرح العمدة ٣/٤٠٤ في لفظ: "الخطأ في حق العباد غير موضوع" الهداية ٥/١٥٧، وبنحوه في البناية ٥/٥٩١ في لفظ: "حقوق الآدميين في العمد والسهو سواء" المغني ٧/٥٦.

(٥) التجريد للقدوري ٦/٣٠٧٠ وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

٢- الجابر لا يتوقف على القصد[١]. (أعم).

٣- الخطأ والعمد في أموال الناس سواء[٢]. (أخص).

٤- حق الآدمي لا يبرأ منه إلا بأدائه أو إبرائه[٣]. (تعليل).

٥- حقوق الآدميين لا تسقط بالتوبة[٤]. (متكاملة).

٦- حق الآدمي لا يسقط بالشبهة[٥]. (متكاملة).

٧- الحق لا يسقط بتقادم الزمان[٦]. (متكاملة).

٨- لا تأثير للجهل في إسقاط الضمان[٧]. (متكاملة).

شرح القاعدة:

المراد بالقصد هنا: العمد ومعنى لا يتوقف على القصد: أي كون حق العبد موجبًا للضمان لا يتوقف على قصد إتلافه.

هذه قاعدة مهمة من القواعد المتعلقة بأحكام الضمان في الفقه الإسلامي، وهي متفرعة من القاعدة الأخرى التي تعم حكم الأعذار جميعًا: «حقوق الآدمي المحضة لا تسقط بالأعذار»، وقد اتفق الفقهاء على اعتبارها

---

(١) الذخيرة ٣/٣٠٥.

(٢) الذخيرة ٩/٤٥ - ٤٦، المعيار المعرب ٢/٢٨٠، شرح الخرشي ٦/١٧٩.

(٣) التجريد ٤/٥٣٤ وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "الحقوق إذا تقررت لأربابها لا تسقط إلا بما يصح به إسقاطها".

(٤) عمدة القاري ١٦/٥٦، مرقاة المفاتيح ٥/٢٣٨.

(٥) الحاوي الكبير ٤/٣٧٢ وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "حقوق العباد لا تسقط بالشبهات".

(٦) الأشباه النظائر لابن نجيم ص ٢٤٥ وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٧) البحر الزخار ٥/٦٥ في لفظ: "لا يعذر بالجهل في حقوق الآدميين" المقاصد السنية ص٤٢ في لفظ آخر: "حقوق الآدميين لا يختلف في ضمانها حكم الجهل العلم" مختصر اختلاف العلماء ٥/٥٤، بنحوه في ٦/٧٤.

والعمل بمقتضاها[١]، وتعرضوا لها في مواطن ومناسبات شتى، وعبروا عنها بألفاظ كثيرة تدل بمجموعها على أن حق العبد لا يسقط بحال، بل هو مضمون مطلقًا، سواء أكان موجب الضمان عن عمد أو غير عمد[٢].

ومعناها: أن حق العبد لا يتوقف وجوب أدائه ورده بعينه إن أمكن، ووجوب ضمانه وجبرانه عند فواته - على قصد المكلف وعمده إلى فعل الجريمة بإتلاف حق الآدمي أو الاستيلاء عليه، بل ذلك واجب على كل حال، وجد القصد أو لم يوجد.

وهي راجعة إلى قاعدة الجوابر التي بينها العز بن عبد السلام - رحمه الله تعالى - بقوله: «الجوابر مشروعة لجلب ما فات من المصالح، والزواجر مشروعة لدرء المفاسد، والغرض من الجوابر جبر ما فات من مصالح حقوق الله وحقوق عباده، ولا يشترط في ذلك أن يكون من وجب عليه الجبر آثما، وكذلك شرع الجبر مع الخطأ والعمد والجهل والعلم والذكر والنسيان، وعلى المجانين والصبيان»[٣].

---

(١) انظر: الاستذكار٤/٣٨٠، الموافقات١/١٠٩، شرح الخرشي٦/١٧٩، المقارنات التشريعية ١/١٩٠ راجع أيضًا: المحلى ١٠/٤٠٤، الذخيرة ٥/٥٢٢، المغني مع الشرح الكبير ٦/١٢٠، البهجة شرح التحفة ٢/٢٨٦، ٢٨٧، المنثور في القواعد ٢/١٢٢ - ١٢٣.

(٢) من هذه الألفاظ، مثلاً:

"حقوق الآدميين العامد والمخطئ فيها سواء" المنثور ٢/١٢٢، المقاصد السنية: ٥٨.

"حقوق الآدميين في العمد والسهو سواء" المغني ٧/٥٦.

"الإتلاف يستوي فيه العمد وغيره" كشاف القناع ٣/١٤.

"كون الإتلاف موجبًا [للضمان] لا يتوقف على القصد" الهداية ٣/٢٨٠.

"حقوق العباد محترمة لا تسقط بعذر الخطأ والنسيان" شرح المجلة للأتاسي ١/٢٤٦.

"يؤاخذ الخاطئ والناسي بالضمان" بدائع الصنائع ٤/٣٢٣.

"ليس النسيان عذرًا في حقوق العباد" حاشية الطحطاوي ١/٤٥٠.

"النسيان لا يرفع إلا الإثم" البحر الزخار ٣/٣٠٦.

"حقوق الآدميين لا تسقط بالجهل والخطأ" المغني ٥/١٥٦.

(٣) قواعد الأحكام ٢/٣.

ويدخل في هذه القاعدة جميع الأعذار التي سببها عدم وجود القصد التام، وعلى رأسها الخطأ والسهو والنسيان والجهل فهذه الأمور من جملة الأعذار الشرعية التي يترتب على وجودها رفع الإثم والمؤاخذة الأخروية، والعقوبة البدينة في الدنيا، رحمةً من الله تعالى بعباده، ولكنها ليست بأعذار وأسباب في سقوط حقوق العباد، وعدمِ وجوب الغرم والضمان، رفعًا للحرج والضرر عن أرباب الحقوق والأموال.

قال شيخ الإسلام ابن تيمية – رحمه الله تعالى: «الأفعال إنما يعاقب عليها إذا كانت بقصد القلب وأما ثبوت بعض الأحكام كضمان النفوس والأموال إذا أتلفها مجنون أو نائم أو مخطئ أو ناسٍ، فهذا من باب العدل في حقوق العباد، ليس هو من باب العقوبة»[١].

وقال العلامة السعدي – رحمه الله تعالى– بصدد عرضه وبيانه لهذه القاعدة: «الإتلاف يستوي فيه المتعمد والجاهل، والناسي وهذا شامل لإتلاف النفوس المحترمة، والأموال، والحقوق فمن أتلف شيئًا من ذلك بغير حق؛ فهو مضمون، سواء كان متعمدا أو جاهلا، أو ناسيا ولهذا أوجب الله الدية في القتل خطأ، وإنما الفرق بين المتعمد وغيره من جهة الإثم وعقوبة الدنيا والآخرة في حقه وعدمه في حق المعذور بخطأ أو نسيان فمن أتلف مال غيره أو حقا من حقوقه بمباشرة أو سبب؛ فهو ضامن»[٢].

أدلة القاعدة:

١- جميع النصوص الدالة على وجوب الدية في قتل الخطأ، منها:

أ - قوله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ إِلَّآ أَن يَصَّدَّقُوا۟﴾ [سورة النساء: ٩٢].

---

(١) مجموع الفتاوى ١٤/١١٩.

(٢) القواعد الأصول الجامعة ص ٤٩.

ب - حديث عبد الله بن عمر - رضي الله عنهما قال: بعث رسولُ الله ﷺ خالد بن الوليد إلى بني جذيمة، فدعاهم إلى الإسلام، فلم يحسنوا أن يقولوا: أسلمنا. فجعلوا يقولون: صبأنا صبأنا. فجعل خالد يقتلهم، فبلغ ذلك رسول الله ﷺ، فرفع يديه وقال: «اللهم إني أبرأ إليك مما صنع خالد». وبعث عليًّا فودى قتلاهم وما أتلف من أموالهم. الحديث[١].

ج - وحديث ابن مسعود رضي الله عنه قال: «قضى رسول الله ﷺ في دية الخطأ عشرين بنت مخاض»[٢].

وجه الدلالة من هذه النصوص أن الله تعالى أوجب في القتل الخطأ الديةَ، «وهي بمنزلة تعويض المتلفات، جعلت عوضًا لحياة الذي تسبّب القاتلُ في قتله»[٣]، ويقاس على القتل خطأ أفعال أخرى، كما يقاس على الخطأ الجهل والنسيان، بجامع عدم وجود قصد الجناية في الجميع.

٢- قوله ﷺ: «إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم بينكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا»[٤].

فقد دلّ الحديث على تحريم الدماء والأموال والأعراض المعصومة، وكان من مقتضى ذلك وجوب الضمان، وحلول الإثم على من أتلفها، وقد ارتفع الإثم عن غير المتعمد بنصوص أخرى فبقي الضمان مراعاةً وإحياءً لحق العبد.

---

(١) رواه البخاري في صحيحه ٥/١٦٠-١٦١ (٤٣٣٩).

(٢) رواه وأبو داود ٤/١٨٤ (٤٥٤٥)، والترمذي ٤/١٠ (١٣٨٦)، والنسائي ٨/٤٣ (٤٨٠٢)، وابن ماجه ٢/٨٧٩ (٢٦٣١).

(٣) التحرير التنوير ٥/١٦١ انظر أيضًا: تفسير القرطبي ٥/٣١٥، تفسير ابن كثير ٢/٣٧٣، عوارض الأهلية لصبري ص ٤١٢.

(٤) جزء من حديث رواه البخاري ١/٢٤، ٣٣ (٦٧) وفي مواضع أخر، ومسلم ٣/١٣٠٥-١٣٠٦ (١٦٧٩) من حديث أبي بكرة الثقفي رضي الله عنه.

٣- قاعدة «حقوق الآدمي المحضة لا تسقط بالأعذار» وجميع أدلتها أدلة لهذه القاعدة لكونها متفرعة عن تلك.

تطبيقات القاعدة:

أولاً - التطبيقات التي هي أحكام جزئية:

١- الطبيب أو الحجام أو الختان، إن كان حاذقا وتجاوز موضع القطع، أو قطع في غير محل القطع، أو في وقت لا يصلح فيه القطع، وأشباه هذا، ضمن فيه كله؛ لأنه إتلاف لا يختلف ضمانه بالعمد والخطأ، فأشبه إتلاف المال قال ابن قدامة - رحمه الله تعالى - بعد ذكره لهذه المسألة: «لا نعلم فيه خلافًا»(١).

٢- ما ينتفع به الإنسان من المآكل والمشارب والملابس والمساكن والمراكب وغيرها ظنًا منه أنه يحل له الانتفاع به، فإن كذب ظنه، وظهر أنه لا يحل له ذلك، لزمه ضمان ما انتفع به من ذلك أو تلف عنده(٢).

٣- إذا قصد إغاثة الجائع، فأعطاه طعاما فاسدا، معتقدا أنه صحيح، فمات منه، فإنه لا يأثم، ويلزمه ضمان ما أتلف(٣)، وهو دية الخطأ.

٤- لو «أتلف على شخص وثيقة تتضمن دينا له على إنسان، ولزم من إتلافها ضياع ذلك الدين، فيلزمه الدين»(٤). وسواء أتلفها بطريق العمد أو الخطأ؛ لأن حق العبد لا يتوقف على القصد.

---

(١) المغني ٥/٣١٣.

(٢) انظر: قواعد الأحكام ١/١١١.

(٣) انظر: الموسوعة الفقهية ٥/٢٠٥.

(٤) طبقات الشافعية الكبرى ١٠/٢٣٢ نحوه في التاج والإكليل ٣/٢٢٥ راجع أيضًا: القوانين الفقهية ص ٣٦١، الفروق ٢/٢٠٦، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي ص ٥٥.

٥- لو أن امرأة ضربها رجل خطأ، أو وصف لها الطبيب دواءً ضاراً خطأ، فأسقطت جنينها ومات وجبت دية الجنين[١] على عاقلة الضارب أو الطبيب.

٦- إذا رمى سهمًا إلى هدف في ملكه، فتجاوزه فأصاب إنسانًا أو شيئًا لغيره، ضمنه؛ لأنه مباشر فلا يشترط فيه قصد التعدي، ولا يبطل حكم ضمانه بعذر[٢].

٧- من بنى حائطًا مائلاً إلى الطريق العام، أو إلى ملك شخص آخر، فسقط وأتلف نفسًا أو مالاً ضمنه عند عامة الفقهاء؛ لأنه وإن لم يتعمد الإتلاف لكنه متعدٍ في صنيعه[٣].

٨- القاضي يجب عليه الضمان إذا حكم بقطع أو قتل بمقتضى شهادة شاهدين ظهر فيما بعد عدم جواز شهادتهما، ولا قصاص عليه؛ لأنه مخطئ، وتجب الدية في بيت المال، أو في ماله[٤]؛ لأن حق العبد لا يتوقف على قصد المتلِف.

٩- من وضع شيئًا على طريق العامة فعثر به إنسان فسقط وهلك ذلك الشيء من غير قصد منه يضمن، بناءً على هذه القاعدة[٥].

١٠- لو أن نائمًا انقلب على شيء فأتلفه لزمه الضمان؛ «لأن كون الإتلاف موجبا لا يتوقف على القصد»[٦].

---

(١) انظر: نظرية الضمان في الفقه الإسلامي لمحمد فوزي ص ٧٩ – ٨٠.

(٢) انظر: البحر الرائق ٨/٤٣.

(٣) انظر: الهداية ٣/٢٨٠، الموسوعة الفقهية ٢٨/٢٨٥ – ٢٨٦.

(٤) انظر: المغني ١٠/٢٣٠.

(٥) انظر: مجمع الضمانات ١/٣٤٥، غمز عيون البصائر ٣/٢٤٩.

(٦) الهداية ٣/٢٨٠.

ثانيًا- التطبيقات التي هي قواعد فقهية :

٨٥٢- نص القاعدة: الخَطَأُ والنِّسْيَانُ لَيْسا بِعُذْرٍ في إِتْلافِ الأَمْوالِ[١].

ومن صيغها :

١- الخطأ والعمد في أموال الناس سواء[٢].

٢- الأموال تضمن بالعمد والخطأ[٣].

٣- أموال الناس تضمن بالعمد والنسيان[٤].

٤- الأموال تضمن بالخطأ كما تضمن بالعمد[٥].

٥- المال يضمن بالعمد والخطأ[٦].

٦- التعدي على مال الغير يستوي فيه الجهل والعمد[٧].

شرح القاعدة :

هذه القاعدة من القواعد والأصول المتفق عليها بين الفقهاء، وهي تمثل عناية الشريعة الإسلامية بأموال الناس وصيانتها من أي اعتداء عليها عمدًا أو خطأ، كما أنها تطبيق من تطبيقات مبدأ العدالة الذي قامت عليه هذه الشريعة الغراء.

---

(١) شرح ابن بطال ٤/٤٧٨ (بتصرف يسير).

(٢) الذخيرة ٩/٤٥ – ٤٦، المعيار المعرب ٢/٢٨٠، شرح الخرشي ٦/١٧٩.

(٣) الاستذكار ٧/٣٠٠.

(٤) المحلى ٧/٤١٤.

(٥) المصدر السابق ٧/٢١٥.

(٦) المجموع ١٩/٣٥، وفي لفظ: "الخطأ في أموال الناس مضمون" لباب الآثار ٩/٧٧.

(٧) عدة البروق للونشريسي ص ٣٣٥.

ومعناها بيِّن، وهو أن الخطأ والنسيان وغيرهما من الأعذار التي ينعدم معها قصد الجناية، لا تعتبر عذرًا في إتلاف الأموال المعصومة أو أخذها أو التصرف فيها بغير حق، بل الأموال المحترمة مضمونة ومصونة في الشرع على كل حال، ولا تهدر بالأعذار الرافعة للمأثم؛ لأن في إهدارها إضرارًا بأصحابها، ومن القواعد المقررة في الشرع أن «الضرر يزال»، وذلك بترميم نتائجه وإزالة آثاره، وإزالة الضرر الواقع على من أتلفت أموالهم لا يتأتى إلا بوجوب ضمانها والتعويض عنها.

ومن تطبيقاتها:

١- من باع طعاما ثم نسي بيعه فأكله، فلا إثم عليه في ذلك كله، ولا ينفذ تصرفه، ويلزمه ضمان ما أتلفه؛ لأن الضمان من الجوابر، وهي لا تسقط بالنسيان[١].

٢- من قدم له غاصب طعاما ضيافة، فأكله جاهلا فعليه الضمان في أظهر القولين عند الشافعية[٢].

٣- لو أتلف المشتري المبيع قبل القبض جاهلا فهو قابض في الأظهر عند الشافعية[٣].

٤- لو رمى إلى شاة إنسان على ظن أنها صيد، أو أكل ماله على ظن أنه ملك نفسه، فلا إثم عليه لكن يجب عليه الضمان؛ لأنه ضمان مال لا جزاء فعل فيعتمد عصمة المحل وكونه خاطئا لا ينافيها[٤].

(١) انظر: قواعد الأحكام ٢/٣.

(٢) انظر: الأشباه النظائر للسيوطي ص ١٩٢.

(٣) المصدر السابق.

(٤) انظر: التقرير والتحبير ٢/٢٧٣.

٥- إن خرق رجل السفينة فغرق ما فيها، فإن كان مالا، لزمه ضمانه، سواء خرقها عمدا أو خطأ، لأن المال يضمن بالعمد والخطأ(١).

٦- من أخذ مالا لغيره، فإن كان مخطئا بأن ظن المأخوذ ماله أو كان جاهلا بأن اشترى عينا ثم ظهر استحقاقه لم يكن آثما؛ لأنه معذور شرعا لجهله وعدم قصده، لكن يجب عليه رد العين على المالك إن أمكن، أو رد بدله؛ لأنه حق العبد فلا يتوقف على قصده(٢).

٧- لو أودعه إناءً من قوارير فأخذه المودَع بيده ليحرزه في منزله فأصابه شيء من غير فعله فانكسر لم يضمن، ولو أصابه بفعله مخطئًا أو عامدًا أو ناسيًا، فهو ضامن(٣)، بناءً على هذه القاعدة.

٨- من أكل الوديعة ناسيًا أنها وديعة وجب عليه الضمان؛ لأن النسيان ليس عذرًا في حقوق العباد (٤).

د. محمد خالد عبد الهادي هدايت

* * *

---

(١) المجموع ١٩/٣٥.

(٢) انظر: المبسوط ١١/٤٩، الموسوعة الفقهية ٤٣/٣٠٦.

(٣) انظر: روضة الطالبين ٦/٣٤٢.

(٤) انظر: حاشية ابن عابدين ٢/٤٣٤.

رقم القاعدة: ٨٥٣

نص القاعدة: إذا اجتمَع المـُباشِرُ والمتسَبِّب يُضاف الحكمُ إلى المباشر[(١)].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- إذا اجتمع السبب - أو الغرور - والمباشرة قدمت المباشرة[(٢)].

٢- لا حكم للمسبِّب مع المباشر[(٣)].

٣- لا يضاف الحكم إلى المسبِّب مع وجود المباشر[(٤)].

٤- إذا اجتمع التسبب والمباشرة اعتبرت المباشرة دونه[(٥)].

---

(١) أشباه ابن نجيم ص ١٨٧، مجمع الضمانات ص ٤٠٥، ترتيب اللآلي ٢٨٢/١، المجلة - وشروحها- المادة ٩٠، مجامع الحقائق ص ٤٠٤ قواعد الفقه للمجددي ص ٥٦، المدخل الفقهي العام ١٠٤٧/٢، القواعد الفقهية للندوي ص ٣٥٨، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو ٢٢٤/١ وانظر سائر مصادرها في المذكور من ترتيب اللآلي/الهامش.

(٢) أشباه السيوطي ص ١٦٢ وفي لفظ: "إذا اجتمع السبب والمباشرة تعلق الضمان بالمباشرة" البيان للعمراني ٢٤٨/٤.

(٣) البحر الزخار ١٧٤/٥ وفي لفظ: "لا شيء على المسبب مع المباشر" التاج المذهب ٣١٩/٣.

(٤) تبيين الحقائق ٢٣٧/٥.

(٥) الفروق للقرافي ٢٨/٤ وفي لفظ: "متى اجتمع السبب والمباشرة قدمت المباشرة" ٤٣٤/٤.

٥- المباشر للإتلاف مع المسبِّب إذا اجتمعا – وهما جانيان – فإنه يجب الضمان على المباشر[١].

٦- المباشر مقدم على المتسبب إذا ضعف السبب وأما إذا قوي السبب فإن الضمان عليهما معًا[٢].

٧- إذا استند إتلاف أموال الآدميين ونفوسهم إلى مباشرة وسبب، تعلق الضمان بالمباشرة دون السبب، إلا إذا كانت المباشرة مبنية على السبب وناشئة عنه[٣].

قواعد ذات علاقة :

١- المباشر ضامن وإن لم يتعمد ولم يتعد والمتسبب لا إلا إذا كان متعديًا[٤].

٢- يضاف الفعل إلى الفاعل لا الآمر به ما لم يكن مجبرًا[٥]. (متفرعة).

٣- الجواز الشرعي ينافي الضمان[٦].

ووجه علاقة هذه القواعد بالقاعدة التي بين أيدينا هو وحدة الموضوع، بحيث يكمل بعضها بعضًا.

---

(١) القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير ص ١٥٧ وبنحوه في تبيين الحقائق ٥/٢٥٢.

(٢) شرح الخرشي على مختصر خليل ٣/٢٤٥، ٦/١٤٠ وفي لفظ: "الإضافة إلى المباشر أولى من المتسبب إذا كان سببا لا يعمل بانفراده إتلافا، أما في سبب يعمل بانفراده فيشتركان" الدر المختار ٧/١٧٨ (بتصرف يسير).

(٣) قواعد ابن رجب ص ٢٨٥.

(٤) مجمع الضمانات ص ٣٤٥ وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٥) المجلة، المادة ٨٩ وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٦) نفسه، المادة ٩١ وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

شرح القاعدة:

المباشر: هو الذي يحصل الأثر بفعله بلا واسطة، أي من غير أن يتخلل بين فعله وبين التلف فعل فاعل مختار.

والمتسبب: ما يقابل المباشر، وهو الذي تخلل بين فعله وبين الأثر المترتب عليه – من تلف أو غيره – واسطة، أي فعل فاعل مختار[١].

وقال الإمام الغزالي رحمه الله تعالى: إن المباشرة «إيجاد علة التلف كالقتل والأكل والإحراق ونعني بالعلة ما يقال من حيث العادة إن الهلاك حصل بها: كما يقال: حصل بالقتل والأكل والإحراق أما التسبب فهو إيجاد ما يحصل الهلاك عنده ولكن بعلة أخرى»[٢].

والسبب ثلاثة أنواع:

الأول: السبب الشرعي، وهو الذي جعله الشرع مؤثرًا، مثل الشهادة؛ لأن حكم القاضي ينبني عليها.

والثاني: السبب الحسي: وهو المؤثر بالحس والمشاهدة، مثل الإكراه على الفعل.

والثالث: السبب العادي: وهو المؤثر بالعادة والعرف مثل تقديم الطعام المسموم لغيره فيأكله فيموت منه[٣].

ومعنى القاعدة: أنه إذا اجتمع على إتلاف الشيء المباشر للفعل، أي الفاعل له بالذات، والمتسبب له، أي المفضي والموَصِّل على وقوعه، فإن

---

(١) انظر: غمز عيون البصائر ٤٦٦/١، شرح الأتاسي ٢٤٩/١، شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٤٤٧.

(٢) الوسيط للغزالي ٣٨٣/٣ وانظر أيضًا: إعانة الطالبين ١١٣/٤.

(٣) انظر: روضة الطالبين ١٢٨/٩ – ١٢٩، مغني المحتاج ٦/٤ – ٩.

الحكم يضاف إلى المباشر دون المتسبب فيه.

والقاعدة وإن كان لفظها عامًّا إلا أن استعمال الفقهاء لها يدل على أن مجالها خاص بضمان المتلفات، وأنها أهم قاعدة من زمرة القواعد الفقهية التي تنظم أحكام ما يلحقه الإنسان بغيره من الضرر في ماله أو في نفسه.

والأسباب الموجبة للضمان ثلاثة، هي: المباشرة، والتسبب، ووضع اليد[١]، ومن المقرر شرعًا أن المباشر للتلف ضامن وإن لم يتعد، والمتسبب لا يضمن إلا إذا كان متعديًا، لكن ما الحكم فيما لو اجتمعت المباشرة والسبب في إحداث الضرر، بأن يتخلل بين عمل المتسبب وبين حدوث الأثر فعل شخص آخر، وهو المباشر للإتلاف؟ هذا ما تتحدث عنه هذه القاعدة التي نحن بصددها، وتبين أن المباشرة مقدمة على التسبب، وأن المباشر هو المسئول عن الضمان، حتى ولوكان المسبب متصفًا بصفة التعدي[٢].

وتقديم المباشرة على التسبب هو الأصل المتفق عليه بين الفقهاء؛ لقوة المباشرة وكونها ألصق بفعل الإتلاف، لكن قد يغلب السبب المباشرة في قوة التأثير، وقد يتساويان، ومن هنا اختلف الفقهاء في بعض فروع القاعدة، بناءً على اختلافهم في تقدير التسبب والمباشرة[٣]، وتعارض المباشرة والسبب، فمنهم من يرجح المباشرة فيها، ومنهم من يغلب جانب السبب، ومنهم من يرى جمعهما في الأثر المترتب على فعلهما، ومنهم من أسقط الضمان عنهما، ورآهما من قبيل الأدلة المتعارضة[٤].

---

(١) انظر: الوسيط للغزالي ٢/٦٩٤، ٣/٣٨٣.

(٢) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٤٤٧، نظرية الضمان للزحيلي ص ١٨٩.

(٣) انظر: نظرية الضمان ص ١٩٤.

(٤) انظر: تقرير ذلك وأمثلة من الفروع المختلف فيها في نظرية التقعيد الفقهي ص٦٢٩ - ٦٣٨.

وبيان ذلك: أنه إذا اجتمع سبب ومباشرة فلا يخرج الأمر في تحديد مسئولية المتسبب والمباشر عن حالة من ثلاث:

الأولى: أن يغلب السبب المباشرة، وذلك إذا كان المتسبب هو العامل الأهم في إحداث الضرر ويتغلب السبب على المباشرة إذا لم تكن المباشرة عدوانًا، أو بعبارة أخرى: يضمن المتسبب وحده إذا كان متعديًا، وتعذر تضمين المباشر، لكونه غير متعدٍ، أو غير موجود، أو غير معروف، كتضمين شهود الزور عما تسببوا فيه من تلف نفس المشهود عليه، أو ماله، وانتفاء مسئولية الحاكم ومنفذ الحكم بإذنه؛ لعدم وجود العدوان منهما، وكون الشهود متعدين في شهادتهم وكذلك لو زلق شخص بماء المطر، فوقع في بئر حفرها إنسان بدون حق، فعثر، كان صاحب البئر ضامنًا؛ لأنه متسبب ولم يوجد مباشر مسئول عن وضع الماء وكذلك إن كان المباشر مجبَرًا ومكرَهًا فعندئذٍ يضاف الفعل إلى المتسبب الذي هو الأمر المجبِر والمكرِه وهكذا كلما تغلب السبب على المباشرة انتفت المسئولية عن المباشر ووقعت على عاتق المتسبب.

الحالة الثانية: أن تغلب المباشرة السبب: وتتغلب المباشرة على السبب إذا قطعت عمله، كمن ألقى إنسانًا في الماء بقصد إغراقه فخنقه آخر كان يسبح في الماء، وكما ألقى بإنسان من شاهق فتلقاه آخر قبل وصوله إلى الأرض فقطع رقبته بالسيف، أو أطلق عليه عيارًا ناريًا فقتله قبل وصوله إلى الأرض، فالمسئول عن القتل في هذه الصورة هو المباشر، وعليه وحده القصاص[1]،

---

(١) ويرى بعضهم أن المباشرة إنما تقطع عمل السبب ويكون الضمان على المباشر وحده إذا كانت السلامة من السبب متوقعة، أما إذا كان السبب لا يسلم منه عادة، فإن السبب في هذه الحالة يعتدل مع المباشرة، ويكون كل من المباشر والمتسبب مسؤولين عن التلف الحاصل، لأن عمل أحدهما يتمم عمل الآخر انظر: التشريع الجنائي في الإسلام ٤٥٧/١ وراجع أيضًا: المهذب ١٩٣/٢، المغني ٣٨٥/٩.

وهذا لا يعني أن المتسبب - إذا كان عاصيًا - ينجو من العقاب، كلا، بل هو يعاقب تعزيراً بقدر جريمته في تقدير القاضي.

والحالة الثالثة : أن يعتدل السبب والمباشرة: وذلك بأن يتساوى أثرهما في إحداث الجريمة، وفي هذه الحالة يكون المتسبب والمباشر مسئولين معًا عن نتيجة الفعل كالإكراه على القتل والأمر به عند الجمهور، خلافًا للحنفية وقال الحنفية: إنما يشترك المباشر والمتسبب في الضمان إذا كان السبب يعمل في الإتلاف إذا انفرد عن المباشرة، كما إذا اجتمع على قيادة الدابة سائق وراكب؛ لأن سوق الدابة ينفرد بالإتلاف، وإن لم يكن هناك راكب.

والخلاصة : «أن المتسبب والمباشر يشتركان في الضمان إذا تعادلت قوة التسبب والمباشرة: بأن كان السبب مما يعمل بانفراده، ويختص المتسبب بالضمان إذا كان فعله أقوى من المباشرة، وفيما عدا ذلك يكون الأصل العام هو تقديم المباشر على المتسبب»[(١)].

وبناءً على ما تقدم يشترط لإعمال القاعدة، وتقديم المباشر على المتسبب الشروط التالية:

١ - اجتماع المباشر والمتسبب في إلحاق الضرر بالغير، فإن انفرد أحدهما بالضرر نسب الحكم إليه.

٢ - أن لا يكون للسبب تأثير قوي بحيث يؤدي إلى الإتلاف بانفراده، فإن كان للسبب هذا التأثير، كانا مشتركين في الضمان[(٢)].

---

(١) نظرية الضمان ص ١٩٤ وانظر أيضًا: الوسيط ٦/٣٦٢ - ٣٦٣، حواشي الشرواني ٨/٣٨٢، قواعد ابن رجب ص ٢٨٥، التشريع الجنائي في الإسلام ص٤٥٦ - ٤٥٨، شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٤٤٨، نظرية التقعيد الفقهي ص ٦٢٨ - ٦٣٨.

(٢) انظر: القواعد الكلية والضوابط الفقهية لمحمد عثمان شبير ص ٣١٨.

٣ - أن لا يتعذر إضافة الحكم إلى المباشر لكونه غير مسئول أو غير موجود أو غير معروف، وإلا فالضمان عليه[١].

وبمراعاة هذه القيود تقل مستثنيات القاعدة؛ لأن الفروع التي ذكروا أنها مستثناة منها لا تدخل فيها أصلاً، والله تعالى أعلم.

هذا، وإن القاعدة بينت حكم اجتماع المباشرة مع التسبب، ولكن قد تطرأ مباشرة على مباشرة، أو سبب على سبب، والقاعدة العامة في ذلك: أنه إذا طرأت «المباشرة على المباشرة، أو السبب على السبب، فالحكم فيه تقديم الأقوى، فإن اعتدلا جمعنا بينهما»[٢].

أدلة القاعدة:

أولاً - من الأحاديث والآثار:

١ - عن ابن عمر رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا أمسك الرجلُ الرجلَ وقتله الآخر- يُقتل الذي قتَل، ويُحبس الذي أمسك»[٣].

٢ - وعن علي رضي الله عنه أنه قضى في رجل قتل رجلاً متعمداً وأمسكه آخر قال: «يقتل القاتل ويحبس الآخر في السجن حتى الموت»[٤].

ووجه الدلالة من الحديث والأثر أنهما جعلا القود على المباشر وحده، كما يدلان على أن المتسبب يعزر[٥].

---

(١) انظر: الهداية ١٤٨/٢، شرح منتهى الإرادات ١٩١/٣، الإرشاد لابن السعدي ص١٤٨، نظرية الضمان ص ١٩١.

(٢) الوسيط ٢٦٩/٦.

(٣) رواه الدارقطني ١٦٥/٤ (٣٢٧٠)، والبيهقي في السنن الكبرى ٩٠/٨ (١٦٠٢٩) ورجح البيهقي إرساله.

(٤) رواه الدارقطني ١٦٥/٤ (٣٢٧٢)، والبيهقي في السنن الكبرى ٩٠/٨ (١٦٠٣٠).

(٥) انظر: نيل الأوطار ١٦٩/٧.

ثانيًا - من المعقول :

هذه القاعدة من القواعد المستندة إلى الترجيح بين القوي والضعيف في نظر الشرع، وذلك لأن المباشرة أقوى وأرجح من التسبب؛ لأن المباشرة هي فعل الفاعل والعلة المؤثرة، وأما التسبب فهو المفضي والموصل إلى حدوث الفعل، والأصل في الأحكام أن تضاف إلى عللها المؤثرة، لا إلى أسبابها الموصلة، كما قال صاحب كشف الأسرار: «الأصل أن يضاف الحكم إلى العلة دون السبب، وإنما يضاف إلى السبب عند تعذر الإضافة إلى العلة بالكلية»[(١)]، وهذا ما عبر عنه الإمام القرافي - رحمه الله تعالى - بقوله: «وإذا اجتمع منها سببان، كالمباشرة والتسبب، من جهتين، غلبت المباشرة على التسبب، كمن حفر بئرًا لإنسان ليقع فيه، فجاء آخر فألقاه فيه، فهذا مباشر والأول متسبب، فالضمان على الثاني دون الأول؛ تقديمًا للمباشرة على التسبب؛ لأن شأن الشريعة تقديم الراجح عند التعارض»[(٢)].

تطبيقات القاعدة :

١- من حفر بئرًا في طريق عام، بدون إذن من ولي الأمر، فألقى أحد حيوان شخص في تلك البئر، ضمن الذي ألقى الحيوان؛ لأنه المباشر، ولا شيء على حافر البئر وإن كان متعديًا؛ لأنه متسبب، وإذا اجتمعا أضيف الحكم إلى المباشر دون المتسبب[(٣)].

٢- لو دل شخص سارقًا على مال إنسان فسرقه، أو دفع مفتاحا إلى لص

---

(١) كشف الأسرار ٣٤٨/٤ وانظر أيضًا: شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٤٤٧، القواعد الفقهية للندوي ص ٣٤٨، ٣١٩، القواعد الفقهية للباحسين ص ٢٦١.

(٢) الفروق ٢٠٨/٢ وانظر أيضًا: قواعد الفقه الإسلامي للروكي ص ٢٣٠.

(٣) انظر: أشباه ابن نجيم ص ١٩٠، الفروق ٢٠٨/٢، أشباه السيوطي ص ١٦٢، قواعد ابن رجب ص ٢٨٥.

فسرق اللص ما في الدار المدفوع مفتاحها إليه، فالضمان على اللص دون الدافع؛ لأن اللص مباشر والدافع متسبب، وإحالة الحكم على المباشر أولى من المتسبب[١]، ويعزر الدال المتسبب في السرقة.

٣- وإذا أمسك رجل رجلاً وقتله آخر، فلا خلاف في أن القاتل يقتل؛ لأنه قتل من يكافئه عمدا بغير حق وأما الممسِك فإن لم يعلم أن القاتل يقتل الممسَك فلا شيء عليه؛ لأنه متسبب والقاتل مباشر فسقط حكم المتسبب به وإن أمسكه له ليقتله مثل أن ضبطه له حتى ذبحه له فقال أبو حنيفة والشافعي وغيرهما: يعاقب ويأثم ولا يقتل؛ لأن الإمساك سبب غير ملجىء فإذا اجتمعت معه المباشرة كان الضمان على المباشر كما لو لم يعلم الممسك أنه يقتله، وهي رواية عن أحمد، خلافًا ل مالك الذي قال إن الممسك أيضًا يقتل، وهي أيضًا رواية عن أحمد[٢].

٤- لو دفع سكينًا أو سلاحًا إلى صبي مميز ليمسكه له فقتل الصبي به نفسه، فلا ضمان على الدافع المتسبب؛ لأنه قد تخلل بين فعله والتلف فعل فاعل مختار، وهو الصبي المميز؛ لأنه ضرب نفسه باختيار[٣].

٥- لو ألقى معصومًا من شاهق فتلقاه آخر بالسيف فقطع عنقه، فالقصاص على القاطع، لا على الملقي؛ تقديمًا للمباشرة على التسبب، ولكن الملقي يعزر بقدر جريمته[٤].

---

(١) انظر: أشباه ابن نجيم ص ١٩٠، كشاف القناع ١١٩/٤.

(٢) انظر: أشباه السيوطي ص ١٦٢، المغني ٢٨٧/٨.

(٣) انظر: أشباه ابن نجيم ص ١٩٠، ترتيب اللآلي ٢٨٤/١، شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٤٤٨.

(٤) انظر: أشباه السيوطي ص ١٦٢، قواعد ابن رجب ص ٢٨٥.

٦- لو غصب إنسان طعامًا، ثم قدمه لمالكه، فأكله وهو جاهل بأن هذا الطعام ملكه، فالأظهر أن الغاصب لا يضمن؛ لأنه اجتمع سبب من الغاصب ومباشرة من المالك، فتقدمت المباشرة على السبب، ويعزر الغاصب[1].

٧- من أغرى ظالما على مال فغصبه من صاحبه، لا يتبع المغري - بالكسر - إلا بعد تعذر الرجوع على المغرى - بالفتح -؛ لأن المباشر يقدم على المتسبب، والمغري يعاقب ويعزر[2].

٨- لو فتح باب قفص عن طائر، فاستقر بعد فتحه ولم يخرج منه، فجاء آخر فنفره فخرج وطار، فالضمان على المنفِّر وحده؛ لأنه المباشر[3].

٩- إن أمسك محرم صيدًا فقتله محرم آخر، وجب الجزاء على القاتل - في وجه - لأنه وجدت منه مباشرة ومن الممسك سبب، وإذا اجتمع السبب والمباشرة تعلق الضمان بالمباشرة [4].

استثناءات من القاعدة:

لو وقف ضَيْعَةَ على أهل العلم، فصرف عليهم غلتها، ثم خرجت مستحقة، فقرار الضمان على الواقف؛ لتغريره[5].

د. محمد خالد عبد الهادي هدايت

* * *

---

(١) انظر: فتح العلي المالك لعليش ١٦٦/٢، روضة الطالبين ٢٦٣/١٠، مغني المحتاج ٢٨٠/٣.
(٢) انظر: الشرح الكبير للدردير ٤٤٤/٣ وهذه المسألة من المستثنيات من القاعدة عند متأخري الحنفية، وإنما أفتوا بضمان الساعي لكثرة السعاة في هذه الأزمان انظر: الفوائد الزينية ص ٩٣.
(٣) انظر: نهاية المحتاج ١٥٤/٥، قواعد ابن رجب ص ٢٨٥.
(٤) البيان للعمراني ٢٤٨/٤.
(٥) المنثور ١٣٤/١.

رقم القاعدة: ٨٥٤

نص القاعدة: المُبَاشِرُ ضامِنٌ وإنْ لَمْ يَتَعَمَّدْ ولَمْ يَتَعَدَّ، والمتَسَبِّب لا يَضْمَنُ إلاّ أَنْ يَتَعَدَّى[1].

صيغ أخرى للقاعدة :

١- المباشر ضامن وإن لم يتعمَّد، والمتسبب لا إلا أن يَتَعَمَّدَ[2].

٢- المتسبب يضمن إذا كان متعديًا وإلا لا يضمن، والمباشر يضمن مطلقًا[3].

٣- المباشر ضامن وإن لم يتعدَّ، والمتسبب لا إلا إذا كان متعدّيًا[4].

٤- المباشر ضامن وإن لم يتعمد الضرر، والمتسبب ليس بضامن إلا إذا تعمد أو تعدى[5].

---

(١) مجمع الضمانات لابن غانم ص ١٦٥، وعنه القواعد والضوابط الفقهية للندوي ١/٣٤١.

(٢) أشباه ابن نجيم ص ٢٨٤، وبنحوه في ترتيب اللآلي ٢/١٠٤٥، المجلة - وشروحها- المادتان ٩٢، ٩٣، مجامع الحقائق ص ٤٦.

(٣) حاشية ابن عابدين ٦/٦٠٢ - ٦٠٣.

(٤) مجمع الضمانات ص ١٤٦.

(٥) التحقيق الباهر ٢/٥١٧.

٥- السبب المحض إنما يلحق بالمباشرة بوصف التعدي، وفي المباشرة لا يشترط معنى التعدي[١].

٦- التسبب إنما يكون موجبًا للضمان إذا كان المسبب متعديًا في التسبب ولم يطرأ عليه مباشرة من مختار[٢].

قواعد ذات علاقة:

١- المتسبب كالمباشر[٣]. (مخالفة).

٢- إذا اجتمع المُبَاشِرُ والمتسَبِّب يُضاف الحكمُ إلى المباشر[٤]، لا فرق في الضمان بين العامد والمخطئ[٥]. (أخص).

٣- إذا كان أصل الجناية مباشرة فسرايتها كذلك، وإن كانت تسببًا فسرايتها كذلك[٦].

٤- الجواز الشرعي ينافي الضمان[٧]. (مستثناة).

وهذه القواعد تربط بينها وحدة الموضوع، فإنها مع مثيلاتها تضبط وتنظم الأحكام المختلفة لمسائل ضمان المتلفات ووقائع التعديات والأخطاء، وتشيِّد طرفًا مهما من نظرية الضمان في الفقه الإسلامي.

---

(١) حاشية الشلبي ٧/٣١١.

(٢) المبسوط ٣٠/٢٩٧ (بتصرف يسير جدًا).

(٣) المبسوط ٥/١٤١، شرح الزرقاني ٢/١٠٧.

(٤) أشباه ابن نجيم ص ١٨٧، مجمع الضمانات ص ٤٠٥، ترتيب اللآلي ١/٢٨٢، المجلة - وشروحها - المادة ٩٠، مجامع الحقائق ص ٤٠٤ قواعد الفقه للمجددي ص٥٦، المدخل الفقهي العام ٢/١٠٤٧، القواعد الفقهية للندوي ص ٣٥٨، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو ١/٢٢٤ وانظر: سائر مصادرها في المذكور من ترتيب اللآلي/الهامش وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٥) مغني المحتاج ١/٥٢٤ وفي لفظ: "ما يضمن بالعمد يضمن بالخطأ" نظرية التقعيد الفقهي ص ٥١١.

(٦) المبسوط ٢٦/١٧٦.

(٧) المجلة العدلية، المادة ٩١ وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

شرح القاعدة:

المراد بالمباشر في هذه القاعدة هو من يحصل الضرر بفعله رأسًا بلا واسطة.

والمراد بالمتسبب هو الذي يحدث أمرًا ينتج عنه تلف شيء آخر حسب العادة، لكنه لا يكون مباشرًا للإتلاف فعلاً، بل يقع التلف بواسطة أخرى[(١)].

والتعمد في اللغة نقيض الخطأ.

وفي اصطلاح الفقهاء: هو «أن يقصد الفعل المحظور ونتيجته»[(٢)].

ومفاد القاعدة أن الإتلاف مباشرةً يكون موجبًا للضمان، سواء أكان الإتلاف تعديًا أو من غير تعدٍّ، عمدًا أم خطأً أم سهوًا، وسواء أكان المتلف صغيرًا أم كبيرًا، عالمًا بأنه مال غيره أم جاهلاً، فقد اتفق الفقهاء على أنه لو أتلف إنسان مالاً معصومًا ضمنه، حتى ولو كان الإتلاف حصل سهوًا أو جاهلاً أنه مال غيره، أو ظانًا أنه ماله، أو أنه يجوز له إتلافه، وكذلك إذا أتلف صغير أو مجنون مالاً لغيره - بأن أخرجه من أن يكون منتفعًا به منفعةً مطلوبةً منه عادةً - فهو ضامن، فتدفع قيمته من ماله، إن كان له مال، وإلا فيظل دينًا في ذمته، يجب عليه دفعه متى أمكنه ذلك، إلا أن يبرأه صاحب الحق من حقه[(٣)].

---

(١) انظر: المدخل الفقهي العام ٢/١٠٤٥، ١٠٤٦.

(٢) القواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي للدكتور الهاجري ١/٣٤٢.

(٣) انظر: نظرية الضمان للزحيلي ص٧٥، ومراجعه المذكورة مثل: مجمع الضمانات ص٤٢٣، بداية المجتهد ٢/٣١١، كشاف القناع ٤/٩٩.

قال علي حيدر: "المباشر ضامن وإن لم يتعمد أي أنه سواء تعمد المباشر إتلاف مال الغير أو لم يتعمد يكون ضامنًا والفرق بينه وبين المتسبب هو أنه يشترط لضمان المتسبب أن يكون متعديًا والمباشر يضمن على حالين كما أسلفنا والسبب في ذلك أن المباشرة هي علة مستقلة وسبب للتلف قائم بذاته فلا يجوز إسقاط حكمها بداعي عدم التعمد وبما أن السبب ليس بالعلة المستقلة لزم أن يقترن العمل فيه بصفة الاعتداء ليكون موجبًا للضمان فعليه لو أتلف أحد مال غيره الذي في يده أو=

أما الإتلاف تسببًا فإنما يضمنه المتسبب إذا نشأ عن فعل ليس له فعله شرعًا، أي يكون متعديًا في الفعل المتسبب في حدوث التلف والمتسبب إن كان متعديًا في فعله بأن يفعل ما ليس له بحق بل يتعدى على حق الغير، فإنه يضمن مطلقًا تعمد الإضرار بالغير أو لم يتعمد؛ لأنه متعدٍّ بنفس الفعل، بغض النظر عن نيته وقصده، كأن يحفر بئرًا في طريق عام من غير إذن الحاكم، فإذا سقط فيها شيء وتلف كان الحافر ضامنًا، أما لو وقعت الدابة في بئر كان قد حفرها في ملكه وتلفت فلا ضمان عليه وكذلك لو هدم بيت نفسه فانهدم به بيت جاره لا يضمن؛ لأنه غير متعدٍّ[1].

وأما إن كان الفعل لا يوصف بالتعدي، بل كان مباحًا في حد ذاته، ففي هذه الحالة ينظر إلى نيته وقصده، فإن علم أنه تعمد إيجاد فعل ضار بغيره ضمن، وإلا لا، فمثلاً: «لو جفلت دابة أحد من الآخر وفرت فضاعت لا يلزم الضمان، وأما إذا كان أجفلها قصدا فيضمن وكذا إذا جفلت الدابة من صوت البندقية التي رماها الصياد قصدا للصيد فوقعت وتلفت أو انكسر أحد أعضائها فلا يلزم الضمان، وأما إذا كان الصياد قد رمى البندقية بقصد إجفالها فيضمن»[2]. ومن هذا القبيل: لو أن رجلاً أراد أن يحرق حصائد أرضه فأوقد النار في حصائده فذهبت النار إلى أرض جاره فأحرق زرعه لا يضمن إلا أن يعلم أنه لو أحرق حصائده تتعدى النار إلى زرع جاره؛ لأنه إذا علم كان قاصدا إحراق زرع الغير.

= في يد أمينه قصدًا أو من غير قصد فيكون بمقتضى المادة (٩١٢) ضامنًا كذا يضمن من يتلف مالا لآخر بسقوطه عليه وذلك بمقتضى المادة (٩١٣) مثال: لو دخل شخص حانوت بقال فزلقت رجله فسقط على زق عسل فشقه يضمن كذلك لو تطايرت شرارة من دكان حداد وهو يطرق الحديد فحرقت لباس إنسان لزمه ضمانها كذا لو تطايرت قطعة حطب والحطاب يكسر الحطب فكسرت زجاج نافذة دار الجار يكون الحطاب ضامنًا" درر الحكام شرح مجلة الأحكام ١/ ٨٢.

(١) انظر: مجمع الضمانات ١/ ١٥٢، شرح المجلة للأتاسي ١/ ٢٥٧.

(٢) المجلة العدلية – وشروحها – المادة ٩٢٣.

قالوا: «إن كان زرع غيره يبعد عن حصائده التي أحرقها وكان يأمن أن يحترق زرع جاره ولا يطير شيء من ناره إلا شرارة، أو شرارتان فحملت الريح ناره من أرضه إلى أرض جاره فانحرق زرع الجار فإنه لا يضمن فإذا كان أرض جاره قريبا من أرضه بأن كان الزرعان ملتصقين، أو قريبين من الالتصاق على وجه أن ناره تصل إلى زرع جاره يضمن صاحب النار زرع الجار»[1]. فكان المدار في وجوب الضمان في هذه الأمثلة التعمد، وجعل العلم دليلاً عليه قائمًا مقامه[2]. ومن أصرح المسائل التي اعتبر فيها النية والقصد في الضمان أو عدمه ما ذكره فقهاء الحنفية في مسألة ضمان -أو عدم ضمان - الزوجة الكبيرة إذ أرضعت الزوجة الصغيرة لنصف المهر، قال السرخسي: «وإنما يختلف الجواب في نيتها إذا أرادت الفساد أو لم ترد؛ لأنها مسببة لهذه الفرقة لا مباشرة، فإنها مباشرة للإرضاع وهو ليس بسبب موضوع للفرقة، والمسبب إذا كان متعديا في تسببه يكون ضامنا، وإن لم يكن متعديا لا يضمن كحافر البئر في ملك نفسه لا يضمن ما يسقط فيه، بخلاف الحافر في ملك الغير، فإذا أرادت الفساد كانت متعدية في السبب وإذا لم ترد الفساد لم تكن متعدية في السبب»[3].

ويتبين مما سبق «أن التعدي غير التعمد؛ من حيث إن التعدي فعل السبب بغير حق، فيضمن تعمَّد أم لا، والتعمد فعلٌ بقصد الضرر نعم، لا ينكر كون التعدي لازمًا للتعمد؛ فإن كتعمد الضرر متعدٍّ لمجاوزته حد الشرع الآمر بعدم الإضرار فكل متعمد [للضرر] متعدٍّ، ولا عكس»[4].

---

(١) مجمع الضمانات ١/١٦١، وبنحوه في فتاوى قاضيخان ٣/١٣٤.

(٢) انظر: شرح الأتاسي ١/٢٥٧.

(٣) المبسوط ٥/١٤١ وانظر أيضًا: البحر الرائق٣/٢٤٩.

قالوا: وتعتبر متعدية بأن تكون عاقلة طائعة متيقظة عالمة بالنكاح وبإفساد الإرضاع ولم تقصد دفع جوع أو هلاك، وإلا لا. انظر: البحر الرائق٣/٢٤٩، الدر المختار مع حاشية ابن عابدين ٣/٢٢١.

(٤) شرح الأتاسي ١/٢٥٨.

وبناءً عليه، فقد آثرنا في الصيغة المختارة للقاعدة كلمة (التعدي) بدل (التعمد) الواردة في أشباه ابن نجيم والمجلة العدلية وغيرهما؛ لأن التعبير بالتعدي هنا أدق من التعبير بالتعمد؛ لأن المتبادر من كلمة (التعمد) أنها ما قابل الخطأ، وليس هو المراد في هذه القاعدة وهذا ما نبَّه عليه أيضًا العلامة مصطفى الزرقا – رحمه الله تعالى – قائلاً: «إن التعبير بلفظ (التعمد). في قاعدة (التسبب) هذه إنما المراد به معنى التعدي لا معنى القصد، وهو تعبير غير سديد لا سيما في قاعدة؛ لأنه موهم، ولم أر من نبه على ذلك من الشراح» اهـ[1]. وقال في موضع آخر: «والواقع أن التعمد (بمعنى ضد الخطأ). ليس شرطًا لضمان المتسبب ولا لضمان المباشر، فلا ينبغي تخصيص المباشر فقط بنفي اشتراط التعمد فيه»[2].

ومجمل القول هو أن المباشر ضامن مطلقًا، متعديًا كان أو لا، تعمد الإضرار أو لم يتعمده، أما المتسبب فإنه لا يضمن إلا مع وجود التعدي، أي أن يتجاوز إلى حق الغير أو ملكه المعصوم، أو أن يقصد الإضرار بفعل مباح في أصله، أما لو حصل الضرر من فعل ما يجوز للإنسان فعله جوازًا مطلقًا فإنه لا يوجب الضمان، مباشرة كان أو تسببًا؛ لما تقرر شرعًا من أن «الجواز الشرعي ينافي الضمان».

ويشترط في ضمان المتسبب، بالإضافة إلى كونه متعديًا – على التفصيل السابق:

أن يكون ذلك السبب مفضيًا للإتلاف لا محالة، بمعنى أن لا يوجد للتلف سبب غيره، مثلاً: لو سد أحد ماء أرض لآخر فيبست مزروعاته

---

(١) المدخل الفقهي ١٠٤٧/٢ وانظر: نظرية الضمان ص ١٦٩، موسوعة القواعد والضوابط الفقهية للندوي ٣٤٢/١، القواعد والضوابط الفقهية في باب الضمان المالي ٣٨٨/١.

(٢) الفعل الضار لمصطفى الزرقا ص ٧٨.

ومغروساته وتلفت، أو أفاض الماء زيادة وغرقت المزروعات وتلفت يكون ضامنًا أيضًا؛ لأن كلاً من السد والإفاضة سبب مفض لإلى إتلاف المزروعات والمغروسات لا محالة وهذا بخلاف ما لو منع المالك من سقي زرعه حتى فسد زرعه، فإنه لا يضمن؛ لأن منع المالك عن السقي ليس سببًا للإتلاف؛ إذ يمكن أن يسقي وكيله أو أجيره.

وألا يتخلل بين السبب والتلف فعل فاعل مختار[1]، وإلا لم يكن موجبًا للضمان؛ لأن من المقرر شرعًا أنه «إذا اجتمع المُبَاشِرُ والمتسَبِّب يُضاف الحكمُ إلى المباشر»، إلا في صور يضاف الحكم فيها إلى المتسبب، أو إليهما معًا، كما هو مبسوط عند شرح القاعدة الأخيرة[2].

وجملة القول: أن الضمان يجب على كل من باشر إتلافًا لمال غيره، أو إضرارًا بماله أو نفسه، أو تسبب فيه تسببًا مشوبًا بالضرر، كما تفيده هذه القاعدة، وهو ما قال به جمهور الفقهاء – في الجملة - بل لقد حكى بعضهم اتفاق الفقهاء على هذه القاعدة[3]، ولم يشر عامة من تناول هذه القاعدة في مؤلفاتهم إلى وجود خلاف فيها[4] غير أن الإمام السرخسي – رحمه الله تعالى –

---

(١) انظر: شرح الأتاسي ١/٢٥٧، و٣/٤٦٤، نظرية الضمان للزحيلي ص ٢٧.

(٢) وتجدر الإشارة إلى أن العلامة علي حيدر أضاف - في درر الحكام ١/٨٣ - إلى الشروط الثلاثة المذكورة شرطًا آخر، وهو: التعمد، وكذلك فعل الأتاسي – في ٣/٤٦٤ – إلا أن الأتاسي استدرك ذلك على حيدر عند شرحه للقاعدة (١/٢٥٨) – بعد أن ذكر التفرقة بين التعدي والتعمد – حيث قال: " فما ذكره الفاضل علي حيدر أفندي أنه يشترط لضمان المتسبب شرطان: التعمد والتعدي معًا، فيه نظر لا يخفى" اهـ. وهو كما قال.

(٣) مثل أبي عبد الله المقري - انظر: شرح المنهج المنتخب ص ٥٣٥، والشيخ علي الخفيف في كتابه: الضمان في الفقه الإسلامي ص ٥٩ وقد حكى القرافي الاتفاق على الشطر الثاني منها بقوله: "للسبب الموجب للضمان نظائر كثيرة، منها متفق عليه، ومنها مختلف فيه، لكن حصل الاتفاق من حيث الجملة على أن التسبب موجب للضمان" الفروق ٢/٢٠٧.

(٤) ما سوى الدكتور البورنو في موسوعته للقواعد الفقهية ٩/٤٦٧، نقلاً عن المبسوط للسرخسي ٥/١٤١.

ذكر عن الإمام محمد أن «من أصله أن المتسبب كالمباشر، ولهذا جعل فتح باب القفص والإصطبل وحل قيد الآبق موجبًا للضمان، وفي المباشرة المتعدي وغير المتعدي سواء فكذلك في التسبب على قوله»[1]، وقال في موضع آخر: إن «مجرد التسبب عند محمد يوجب الضمان»[2].

---

(١) المبسوط ١٤١/٥.

(٢) لكن هل هذا هو الأصل العام عنده – كما ذكر الإمام السرخسي، أو أن هذا رأيه في مسائل معينة كان المتسبب فيها ضامنًا عنده، سواء أكان متعديًا أو لم يتعد - مثل المباشر - ففهم منها السرخسي العموم؟

والذي يثير هذا التساؤل هو أن الإمام محمدًا ذكر في الجامع الصغير مسائل عن الإمام أبي حنيفة تدل على نفي الضمان عن المتسبب إن لم يكن متعديًا، وسكت عليها ولم يخالفه، من ذلك –مثلاً - قوله: "البالوعة يحفرها في الطريق فإن كان السلطان أمره بحفرها أو أجبره على ذلك فلا ضمان عليه وإن حفر بغير أمره ضمن" [النافع الكبير شرح الجامع الصغير ٥١٥/١]، أي أنه إن حفرها بأمر السلطان وإذنه لم يكن متعديًا في الحفر فانتفى عنه الضمان، بخلاف ما لو فتحها بغير أمر السلطان، لأنه عندئذ متعد في نظر الشرع.

ومن ذلك أيضًا: ما جاء في الموضع نفسه: "رجل سار على دابته فوقف لروث أو لبول فعطب إنسان بروثها أو بولها لم يضمن وإن أوقفها لغير ذلك فعطب بروثها أو بولها إنسان يضمن"، وعلل ذلك العلامة اللكنوي – رحمه الله تعالى - في شرحه للجامع الصغير، بقوله: "لم يضمن، لأن صاحب الدابة لم يباشر الإتلاف، وإنما يضمن بالتسبيب، والمسبب إنما يضمن إذا كان متعديا ووقف الدابة لذلك ليس بتعد، لأنه لا بد من ذلك" النافع الكبير ٥١٥/١.

كما أن المجلة نصت في مادتها ٩٢٤ على أنه "يشترط التعدي في كون التسبب موجبًا للضمان" ولم يشر شراح المجلة إلى وجود خلاف في الموضوع. انظر: درر الحكام ٥٤٨/٤، شرح المجلة لسليم رستم باز ص ٥١٤، وللأتاسي ٤٧٠/٣.

لكن العلامة الأتاسي في شرحه للمجلة ذكر شروط ضمان المتلفات تسببًا – كما تقدم آنفًا، ومنها: "أن لا يتخلل بين السبب والتلف فعل فاعل مختار " ثم أفاد أن الفاعل المختار عند الإمام أبي حنيفة وأبي يوسف أعم من أن يكون ذا عقل أو لا، كالدابة والطير، وعند محمد بن الحسن هو ذو العقل خاصة [انظر: شرح الأتاسي ٤٦٤/٣]، فعلى هذا يكون محل الخلاف محصورًا في هذه الصورة فقط.

وعلى كل حال فتحرير مذهب الإمام محمد – رحمه الله تعالى – في هذه القاعدة يحتاج إلى مزيد من البحث والتحقيق، والله تعالى أعلم.

أدلة القاعدة:

١- قوله تعالى ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَئًا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ إِلَّآ أَن يَصَّدَّقُوا۟﴾ [سورة النساء: ٩٢].

هذه الآية الكريمة تدل على الشق الأول من القاعدة؛ ووجه الدلالة فيها، هو: أنها أوجبت الضمان على المباشر، وإن كان مخطئًا غير متعمد.

٢- عن عبد الله بن مسعود – رضي الله عنه - قال: كان رجلان من جهينة بينهما غلام فأعتقه أحدهما فأتى النبي ﷺ فضمَّنه إياه، وكانت له غنيمة قريب من مئة شاة فباعها فأعطاه صاحبه[(١)]. ووجه الدلالة من الحديث أن الرجل لما تسبب في إتلاف حق صاحبه، بأن أوجب عليه عتق نصيبه من العبد[(٢)]، ضمنه الرسول ﷺ قيمة نصيب شريكه من العبد.

٣- ويستأنس لها أيضًا بما رواه البيهقي وغيره: أن بغلا وقع في بئر فانكسر فاختصموا إلى شريح فقال عمرو بن الحارث: يا أبا أمية أعلى البئر ضمان؟ قال: لا، ولكن على عمرو بن الحارث. فضمّنه وكانت البئر في الطريق في غير حقه[(٣)].

٤- من المعقول: عللوا الشق الأول من القاعدة بأن المباشرة علة صالحة للحكم اسمًا؛ لإضافة الحكم إليها، ومعنىً؛ لأنها مؤثرة فيه، وحكمًا؛ لعدم تراخي الحكم عنها، وأنها سبب مستقل للإتلاف؛ فلا يصلح أن يكون عدم التعدي والتعمد عذرًا مسقطًا للحكم.

---

(١) رواه الطبراني في المعجم الكبير ١٠/١٧٣، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد ٤/٢٤٩: فيه الحسن بن عمارة، وهو ضعيف.

(٢) هذا بناءً على قول من يرى أن العتق لا يتبعض.

(٣) السنن الكبرى ٨/١١١ (١٦٨٣٥)، ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه ٥/٣٩٩ (٢٧٣٦٦) وعبد الرزاق في مصنفه ١٠/٧٣ (١٨٤٠٤).

وعللوا الشق الثاني منها بأن الحكم لا يضاف إلى السبب الصالح إلا بالقصد، ولا يوجد من غير المتعدي[١].

تطبيقات القاعدة :

١- الحداد إذا طرق الحديدة فخرج منها شرر ففقأ عينًا – مثلاً – أو قتل رجلاً أو أحرق ثوبه أو قتل دابته، أو أحدث أي نوع من الضرر بغيره ضمن؛ لأنه مباشر؛ والمباشر ضامن تعدى أو لم يتعد[٢].

٢- لو رمى سهمًا إلى هدف من ملكه فأصاب إنسانًا خطأ ضمنه؛ لأنه مباشر، فيضمن مطلقًا[٣].

٣- لو أن سفينة أشرفت على الغرق، فألقى بعضهم متاع غيره في الماء حتى خفت، ونجت من الغرق، ضمن قيمته؛ لأن الفعل وإن كان جائزًا، إلا أن الفاعل باشر إتلاف مال غيره، والمباشر لا يشترط في تضمينه عدم التعدي[٤].

٤- لو سقى أرضه فدخل الماء أرض جاره، فأفسد عليه زرعًا، أو شيئًا من أملاكه، فإن كان مفرِّطًا فيه بأن فتح إلى ملكه ماءً كثيرًا يتعذر ضبطه، ولم يكن بين ملكه وملك جاره حاجز يردُّ الماء، فعليه الضمان وأما إذا لم يكن منه تفريط، بأن كان الماء قدرًا يمكن ضبطه في العادة، وكان بين ملكه وبين ملك جاره حاجز يردُّ الماء، إلا أنه حصل فيه ثقب، وصاحبه لا يعلم به، فلا ضمان عليه؛ لأنه متسبب،

---

(١) انظر: شرح الأتاسي ١/٢٥٥، شرح القواعد الفقهية للزرقا ص٤٥٣-٤٥٥، القواعد والضوابط الفقهية للندوي ١/٣٤١.

(٢) انظر: التحقيق الباهر ٢/٥٩٤ (مخطوط).

(٣) مجمع الضمانات ١/٣٨١، نظرية الضمان ص١٩٧.

(٤) نظرية الضمان ص ١٩٨.

والمتسبب لا يضمن غير إلا إذا تعدى وتعمد[١].

٥- لو حفر بئرًا في ملك غيره، أو في طريق المسلمين، أو أخرج جناحًا، أو نصب فيه ميزابًا، أو بنى دكانًا، أو وضع حجرا، أو خشبة أو متاعا، أو صب ماءً في الطريق، أو قعد ليستريح، أو لمرض أصابه فعثر بشئ من ذلك عابرٌ، فوقع فمات، أو وقع على غيره، فقتله، أو على مال إنسان، فهلك: فهو ضامن؛ لأنه متسبب متعد؛ إذ الطريق مأذون فيه للسير فقط، فما تولد منه يكون مضمونا، بخلاف ما لو فعل هذه الأشياء في ملكه فإنه لا يضمن؛ لكونه غير متعد[٢].

٦- إذا أشعل نارًا في وقت هبوب الرياح، ولم يكن هناك حائل يرد الرياح، أو أشعل نارًا عظيمة، مخالفة للمعهود، فأتلفت على جاره ملكه، فعليه الضمان؛ لأنه متسبب متعدٍ[٣].

٧- إذا صدمت سيارة سائرة واقفة في ملك صاحبها، أو خارج طريق السيارات، أو على جانب طريق واسع، ضمن سائق السيارة السائرة ما تلف في الواقفة من نفس ومال بصدمتها؛ لأنه باشر الإتلاف[٤].

٨- إذا عطب الصيد بفسطاط المحرِم أو بحفيرة حفرها للماء فلا شيء عليه بخلاف ما إذا نصب شبكة أو حفر حفيرة لأخذ الصيد؛ لأنه متسبب في الموضعين إلا أن التسبب إذا كان تعديا يكون موجبا

(١) انظر: حاشية الشلبي ٧/٩٥، الحاوي للماوردي ٨/٥٢٩.

(٢) انظر: تحفة الفقهاء ٣/١٢٥، التاج والإكليل ٥/٢٧٨، المهذب ٢/١٩٣، المغني ٨/٣٣٠، القواعد الفقهية للبجنوردي ٢/٣٨٦.

(٣) انظر: لسان الحكام ص ٢٨، ٢٩، المهذب ١/٣٥٧، المغني ٥/١٧٦، القواعد الفقهية للبجنوردي ٢/٣٨٣.

(٤) انظر: مجلة البحوث الإسلامية ٢٦/٥٤، ٧٦، قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي ص ١٦٣ - ١٦٤، بواسطة القواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي ٢/٣٧٢.

للضمان، ونصب الشبكة من المحرم تعد؛ لأنه قصد به الاصطياد؛ فأما ضرب الفسطاط فليس بتعد؛ إذ لم يقصد به الاصطياد(١).

٩- من رش فناءه ليزلق من يمر به من آدمي أو غيره ضمنه، وكذلك من جعل في الطريق مربطا لدابته أو كلبا لداره يعقر من يدخلها أو في غنمه ليعدو على من أرادها(٢)؛ بناءً على موجب هذه القاعدة.

١٠- إذا طلب إنسانا بسيف مشهور أو بشيء يخيفه به، فهرب منه، فتلف في هربه، ضمنه، سواء وقع من شاهق، أو انخسف به سقف، أو خر في بئر، أو لقيه سبع فافترسه، أو غرق في ماء، أو احترق بنار، وسواء كان المطلوب صبيًا أو كبيرًا، أعمى أو بصيرًا، عاقلاً أو مجنونًا؛ لأنه تسبب إلى إهلاكه عدوانًا، فأشبه ما لو حفر له بئرا، أو نصب سكينا، أو سم طعامه ووضعه في منزله(٣).

د. محمد خالد عبد الهادي هدايت

* * *

(١) انظر: المبسوط ٤/٨٨، التاج والإكليل ٣/١٧٥، الحاوي الكبير ٤/٣١٠، المغني لابن قدامة ٣/٢٧٢، التاج المذهب ١/٢٨٠.

(٢) التاج والإكليل ٨/٣٠٥.

(٣) هذا مذهب الحنابلة، قال ابن قدامة: "وقال الشافعي: لا يضمن البالغ العاقل البصير، إلا أن يخسف به سقف، فإن فيه وفي الصغير والمجنون والأعمى قولين، لأنه هلك بفعل نفسه، فلم يضمنه الطالب، كما لو لم يطلبه" ٨/٤٣١.

رقم القاعدة: ٨٥٥

نص القاعدة: علَى اليَدِ مَا أخَذَت حتَّى تؤدِّيَه[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- التأدية واجبة في كل مأخوذ[٢].

٢- مطلق الأخذ سبب لوجوب الضمان[٣].

٣- الأصل فيما يقبضه الإنسان من مال غيره الضمان[٤].

٤- من استوفى مال غيره فهو له ضامن[٥].

---

(١) لفظ حديث شريف رواه أبو داود ٢٠٢/٤ (٣٥٥٦)، والترمذي٣/٥٦٦ (١٢٦٦)، والنسائي في الكبرى ٣٣٣/٥ (٥٧٥١)، وابن ماجه ٨٠٢/٢ (٢٤٠٠) من حديث الحسن عن سمرة، وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.

وهو بنصه قاعدة فقهية من قواعد الضمان وردت في كثير من المصادر والمراجع، منها: نظرية الضمان ص ٢٣٥، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو ٤٥٢/٦، وموسوعة القواعد والضابط الفقهية للندوي ١٢١/١، القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه ص ٢٥٨، القواعد الفقهية للبجنوردي ٤٧/٤، مائة قاعدة فقهية للمصطفوي ص ١٧٦.

(٢) السيل الجرار ٢١٦/٣.

(٣) تبيين الحقائق ٢١/٥، وفي لفظ: "أخذ مال الغير سبب لوجوب الضّمان في الأصل" بدائع الصنائع ٢١٧/٧، تبيين الحقائق ٢١/٥.

(٤) الكافي لابن قدامة ٣٨٨/٢ وفي لفظ: "قبض مال الغير بغير إذنه سبب لوجوب الضمان" بدائع الصنائع ٢٠٨/٢.

(٥) القواعد الأصولية والفقهية على مذهب الإمامية ٤٩/٢.

قواعد ذات علاقة:

١- التصرف في مال الغير سبب لوجوب الضمان في الأصل[١]. (أعم).

٢- رد العين واجب في الأمانات[٢]. (متفرعة).

٣- ما كان مضمون العين فهو مضمون الرد[٣].(متفرعة).

٤- إتلاف ما ليس بمتقوم لا يوجب الضمان[٤]. (مقيّدة).

٥- لا ضمان على مؤتمن[٥]. (مقيدة).

شرح القاعدة:

هذه القاعدة نص حديث نبوي شريف، وهو يعتبر من أهم قواعد الضمان في التشريع الإسلامي، وبالتحديد في وجوب رد ما قبضه المرء من أملاك غيره.

ومعناه: أنه يجب على كل من قبض ملك غيره أن يرده على صاحبه، سواء أكان غاصبا أو مستعيرا أو وديعًا أو مستأجرًا، أو نحو ذلك، ولا يبرأ من المسؤولية إلا بوصول الحق إلى صاحبه أو من يقوم مقامه؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «حتى تؤديه»، ولا تتحقق التأدية إلا بذلك.

وعموم لفظ الحديث يفيد أيضًا أن من وجب عليه الرد - في غير حال الوديعة والأمانة - وجبت عليه مؤنته أيضًا؛ لأن المعلوم شرعًا أن ما كان مضمون العين فهو مضمون الرد.

---

(١) تكملة حاشية ابن عابدين ٣٢٢/٨.

(٢) تبيين الحقائق ٨٥/٥ وانظر قاعدة: "الأصل رد الحقوق بأعيانها عند الإمكان" في قسم القواعد الفقهية.

(٣) أسنى المطالب ٧٧/٢، حاشية الرملي ٣٢٨/٢.

(٤) المبسوط ١٥١/٦ وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٥) لفظ حديث رواه الدارقطني ٤١/٣ (١٦٧)، والبيهقي في الكبرى ٢٨٩/٦ من حديث عبدالله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

وما يجب رده من الأموال أنواع: منها ما يجب رده فوراً، وإن لم يطلبه صاحبه، مثل الغصب والسرقة، وكل مأخوذ بطريقة محرمة ومنها ما يجب رده عند انتهاء مدته التي عينها مالكه، وإن لم يطب مالكه كالعارية، والإجارة ومنها ما لا يجب رده إلا عند طلب صاحبه، كالوديعة(١).

وقد اتفق الفقهاء وشراح الأحاديث على دلالة هذا الحديث على وجوب رد العين المأخوذة، إذا كانت قائمة، سواء أكانت مأخوذة بطريق شرعي- أي بإذن صاحبه أوبإذن الشرع - أو كانت مأخوذة بطريق غير شرعي مثل الغصب، أو الرشوة، أو السرقة، ونحو ذلك.

واختلفوا في دلالته على وجوب الضمان، فمنهم من رأى أنه ليس فيه أكثر من وجوب تأدية المال بعينه إلى مالكه، وليس فيه ذكر ضمان المثل أو القيمة عند هلاكه(٢)، ومنهم من رأى أن الحديث يدل على وجوب الضمان أيضًا، فيجب ضمان المثل إن كان مثليًا، وضمان قيمته إن كان قيميًا؛ لأن المأخوذ إذا كان رده واجبًا على اليد الآخذة فالمراد أنه في ضمانها، كما يشعر لفظ (على) ، من غير فرق بين مأخوذ ومأخوذ(٣).

قال العلامة الشوكاني رحمه الله تعالى: «ولا يخفى أنّ قوله في الحديث:

---

(١) انظر: مرقاة المفاتيح ١٣٧/٦.

(٢) انظر: المبسوط ١٣٧/١١، أحكام القرآن للجصاص ١٧٦/٣، المحلى ١٧٢/٩، السيل الجرار ٢٨٦/٣.

(٣) انظر: نيل الأوطار ٤٠/٦، تحفة الأحوذي ٤٠٢/٤.

وأبرز ثمرات الخلاف في الموضوع: ضمان العارية، حيث ذهب الأكثرون إلى عدم ضمانها، وقال الشافعية والحنابلة بوجوب ضمانها، إن تلفت في غير الاستعمال، أما ما يتلف منها بالاستعمال فلا ضمان عليه عند الجميع، لأنه مأذون فيه، والله تعالى أعلم انظر: بدائع الصنائع ٢١٧/٦، التمهيد ١٢٤/١١، الحاوي الكبير ١١٥/٨، المغني ١٢٨/٥، ١٢٩، المحلى ١٧٢/٩، السيل الجرار ٢٨٦/٣.

«على اليد ما أخذت». يتوقّف فهم المراد منه على مقدّر، وهو إمّا الضّمان أو الحفظ أو التّأدية، فيكون معنى الحديث: على اليد ضمان ما أخذت أو حفظ ما أخذت أو تأدية ما أخذت، ولا يصحّ ها هنا تقدير التّأدية؛ لأنّه قد جعل قوله: «حتى تؤدّيه» غاية لها، والشّيء لا يكون غاية لنفسه.

وأمّا الضّمان والحفظ فكلّ واحد منهما صالح للتّقدير ولا يقدّران معًا؛ لما تقرّر من أن المقتضى لا عموم له، فمن قدّر الضّمان أوجبه على الوديع والمستعير، ومن قدّر الحفظ أوجبه عليهما، ولم يوجب الضّمان إذا وقع التّلف مع الحفظ» اهـ[1].

لكن إذا قيل: إن المقدر هو لفظ الضمان، فلا بد من أن يستثنى من القاعدة الأمين غير المفرط وغير المتعدي، أو أن تفسر اليد باليد المتعدية، لا باليد الأمينة[2]؛ لأن من المقرر شرعًا أن الأمين لا ضمان عليه ما لم يفرط أو لم يتعد، لكن إن فرط في حفظ الأمانة أو تعدى عليها خرج عن كونه أمينًا، فوجب عليه الضمان حينئذٍ.

والقاعدة تشمل الأعيان عند الجميع، كما تشمل أيضًا المنافع المباحة عند الجمهور، خلافًا لمتقدمي الحنفية وغيرهم، الذين كانوا يرون أن المنافع ليست أموالاً في ذاتها، لكن يمكن تملكها بالعقد، وبالتالي لم يقولوا بوجوب ضمان منافع الأشياء التي تستباح بعقد الإجارة، كما لم يقولوا بضمان منافع المغصوب[3].

وهذه القاعدة مقيدة بأن يكون المال الذي يجب رده على صاحبه متقومًا

---

(١) نيل الأوطار ٦/٤١.

(٢) المراد باليد العادية: اليد الضامنة عند تلف الشيء، وإن لم يكن صاحبها متعديًا، مثل القابض على سوم الشراء، والمستعير، عند من يرى أن يده يد ضمان انظر: نظرية الضمان للزحيلي ص١١٢.

(٣) انظر: المرجع نفسه ص ١٢٠، القاعد الفقهية للبجنوردي ٤/٥٤ - ٥٥.

ومحلاً للضمان، أي أن يكون قابلاً للبيع والشراء؛ أما غير المتقوم، وما لم يقبل المعاوضة، مثل أدوات الملاهي المحرمة، والمعازف والأصنام، أو ما لا قيمة له أصلاً، ولا يعتبر مالاً في العرف، لتفاهته أو نحو ذلك من الأسباب، فإنه غير مضمون شرعًا(١).

أدلة القاعدة:

أولاً ـ من الكتاب العزيز:

١- قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا﴾ [النساء: ٥٨]، ووجه دلالتها على القاعدة واضح.

٢- قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ﴾ [البقرة: ١٨٨] وهذه الآية دلت بمفهومها على وجوب رد الأموال على أصحابها؛ لأنها نهت عن أكل أموال الناس بالباطل، ولا شك أن الغصب وحبس الحق عن صاحبه، من أبرز ما يدخل في هذا النهي.

ثانيًا: من السنة النبوية الكريمة – بالإضافة إلى الحديث نصِّ القاعدة:

١- حديث السائب بن يزيد رضي الله عنه مرفوعًا: «لا يحل لأحد أن يأخذ متاع أخيه لاعبا ولا جادا، فإن أخذه فليرده عليه»(٢). وهذا الحديث مثل آية سورة النساء صريح في الدلالة على القاعدة(٣).

٢- حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال لي رسول الله ﷺ: «أَدِّ

---

(١) انظر: البحر الرائق ٥/٥٨، الطرق الحكمية ص٢٧٣، نظرية الضمان للزحيلي ص١١٢.

(٢) رواه أحمد ٢٩/٤٦٠ (١٧٩٤٠)، وأبو داود ٤/٣٠١ (٥٠٠٣)، والترمذي ٤/٤٦٢ (٢١٦٠) وقال: حسن غريب.

(٣) انظر: سبل السلام ٣/٦٨.

الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك»[١]. وهذا الحديث مثل سابقه صريح في دلالته على القاعدة.

ثالثًا - من المعقول:

ويدل لها من المعقول ما استقر عند العقلاء من أن اليد المعتدية تستحق المؤاخذة ويجب عليها الضمان[٢]، ولا شك أن الأمين إن أبى دفع الأمانة إلى صاحبها كان خائنًا متعديًا، والله تعالى أعلم.

تطبيقات القاعدة:

١- من غصب مال غيره، وجب عليه رد العين المغصوبة على المالك بمجرد الاستيلاء، فإن تلفت وجب ضمانها، حتى لو كان التلف بسبب سماوي أو بجناية غيره؛ لقوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»[٣].

٢- مؤنة الردّ للمبيع بعد الفسخ بالعيب أو غيره كالفسخ بالخيار على المشتري؛ لأنّه ضامن للمبيع، وما كان مضمون العين فهو مضمون الرد؛ لهذه القاعدة[٤]، وكذلك مؤنة رد المغصوب على الغاصب.

٣- لا يجوز للسلطان أن يعطي مال رجل لرجل آخر، فإن فعل وجب عليه أن يرده إلى صاحبه الأول أو إلى ورثته؛ لهذا الحديث[٥].

---

(١) رواه أبو داود ٣/٢٩٠ (٣٥٣٥)، والترمذي ٣/٥٥٦ (١٢٦٤)، والدارمي ٣/١٦٩٢ (٢٦٣٩) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، وقال الترمذي: حديث حسن غريب.

(٢) انظر: مائة قاعدة فقهية للمصطفوي - حيث اعتبر هذا الدليل هو العمدة في الباب ص ١٧٥.

(٣) انظر: البناية ٨/٣٤٦، المهذب ١/٣٦٧، منح الجليل ٧/٨٠.

(٤) أسنى المطالب ٢/٧٧.

(٥) انظر: المبسوط ٢٣/١٨٣.

٤- من التقط لقطة وأقر أنه التقطها لنفسه لا يبرأ من الضّمان إلا بالرد على المالك؛ لأنّه ظهر أنه أخذها غصبا فكان الواجب عليه الرد إلى المالك لقوله عليه الصلاة والسلام: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»، فإذا عجز عن ردّ العين يجب عليه بدلها كما في الغصب[1].

٥- إن أخطأ القاضي في قضائه بما يتعلق بحقوق العباد، فإن كان مالا - وهو قائم - ردّه على المقضيّ عليه؛ لأنّ قضاءه وقع باطلا، وردُّ عين المقضيّ به ممكن فيلزمه ردّه؛ لقول النبي عليه الصّلاة والسّلام: «على اليد ما أخذت حتى تردّه»[2].

٦- لو ادعى إنسان على آخر بحق له، وبعد أن تصالحا ظهر أن المدعي ليس له حق بما ادعى، فيحق للمدعى عليه استرداد بدل الصلح منه، وكذا لو صالح البائع المشتري على عيب ادعاه في المبيع بعد أن أنكره هو، فتبين له بعد ذلك أن المبيع خال من العيب، أو كان فيه فزال بنفسه، فللبائع حق استرداد بدل الصلح من المشتري[3].

٧- المقترض يجب عليه رد ما أخذه إلى المالك لأنه كما أخذه ابتداء فيجب عليه رده إلى مالكه انتهاءً كما في المستأجر والمستعير[4].

٨- الأجير المشترك مضمون عليه عند الجمهور إلا إذا كان التلف بما لا يمكن استدراكه كحرق غالب أو غرق غالب أو لصوص مكابرين؛ لقوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى ترد»[5].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٦/٢٠١.
(٢) وإن فات فضمانه في بيت المال، لما تقرر شرعًا من أن خطأ القاضي في بيت المال انظر المرجع نفسه ١٦/٧.
(٣) انظر: درر الحكام شرح المجلة ١/٩٨، موسوعة القواعد والضوابط الفقهية للندوي ١/١٢٤.
(٤) انظر: السيل الجرار ٣/٢٤٧ - ١٤٨.
(٥) انظر: بدائع الصنائع ٤/٣٢٠، التاج والإكليل ٥/٤٣٠، روضة الطالبين ص٣٣٧، المبدع ٥/١٠٩.

٩- إذا اختلف المودِع والمستودَع في الوديعة، فقال المستودع: أخذتها منك وديعة وقال الآخر: بل غصبتني، فهو ضامن لها؛ لإقراره بوجود الفعل الموجب للضمان منه في ملك الغير وهو الأخذ، قال ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى ترد» ثم ادعى ما يسقط الضمان عنه وهو إذن المالك إياه في الأخذ فلا يصدق على ذلك ويكون ضامنا إلا أن يقيم البينة أو يأتي المالك اليمين فيقوم نكوله مقام إقراره[١].

١٠- السارق يجب عليه رد العين المسروقة إن كانت قائمة اتفاقًا، فإن هلكت أو استهلكت وجب عليه ردّ مثلها إن كانت مثليّة، وإلاّ فقيمتها، سواء قطع أو لم يقطع؛ لهذه القاعدة[٢].

د. محمد خالد عبد الهادي هدايت

* * *

---

(١) المبسوط ١١/١٣٧.

(٢) هذا مذهب الشافعية والحنابلة، وذهب الحنفية أنه لا يجب الضمان على السارق بعد القطع، وقالوا: إن القطع والضمان لا يجتمعان انظر: بدائع الصنائع ٧/٨٨، نهاية الزين ص ٣٥٥، المغني ٩/١١٣.

رقم القاعدة: ٨٥٦

نص القاعدة: المُتَعَدِّي ضامِنٌ[(١)].

صيغ أخرى للقاعدة :

١- الأصول على أن على المعتدي الضمان[(٢)].

٢- الضمان على المتعدي[(٣)].

٣- الضمان منوط بالتعدي[(٤)].

٤- ضمان العدوان لا يجب إلا على المتعدي[(٥)].

٥- التعدي يترتب عليه الضمان[(٦)].

٦- إنما يضمن من تعدى[(٧)].

٧- التعدي مضمون أبدا إلا ما قام دليله[(٨)].

---

(١) الذخيرة ٣١٨/٨ وبمعناه في فقه الصادق لمحمد صادق الروحاني ٣٢٤/٢١.

(٢) بداية المجتهد ٢٤٢/٢، الفروق للقرافي ٣٣١/٤.

(٣) أسنى المطالب ٧٤/٤، المغني ٢٩٢/٥، المحرر في الفقه ١٣٥/٢، المبدع ٩٦/٥، ٢٤١ وفي لفظ: "الضمان على من تعدى" المصنف لعبد الرزاق ٢٥/٨ وبنحوه في حاشية الدسوقي ٤٢٧/٣.

(٤) شرح الزركشي على مختصر الخرقي ٥٨٨/٤، ٥٩٠.

(٥) تبيين الحقائق ٨٥/٥.

(٦) الموافقات ٤٠١/١.

(٧) الأم ٣٧/٤ وفي لفظ: "لا ضمان إلا بالعدوان" الحاوي ٤٢٥/٧ وفي لفظ آخر: "الضمان في الشريعة إنما يلزم المتعدي" شرح ابن بطال على صحيح البخاري ٦٦/٥.

(٨) المنثور ٣٢٧/٢.

قواعد ذات علاقة :

١- المفرط ضامن[١]. (قسيمة).

٢- المباشر ضامن وإن لم يتعمد ولم يتعد، والمتسبب لا يضمن إلا أن يتعدى[٢]. (شارحة ومبينة).

٣- لا ضمان على مؤتمن[٣]. (أصل مقيَّد بالقاعدة).

٤- ما لا يمكن الاحتراز عنه فلا ضمان فيه[٤]. (قيد).

٥- حق العبد لا يتوقف على القصد[٥]. (متكاملة).

شرح القاعدة :

المتعدي: اسم فاعل من التعدي، وهو في اللغة بمعنى الظلم وتجاوز الحد والقدر والحق، وتجاوز الشيء إلى غيره، يقال: تعديت الحق واعتديته وعدوته أي: جاوزته[٦].

وفي اصطلاح الفقهاء: ذكروا له تعريفات كثيرة، ومعانيها متقاربة، ولعل من أدقها: أن التعدي هو «مجاوزة ما ينبغي أن يقتصر عليه شرعًا أو عرفًا أو عادةً»[٧].

---

(١) قواعد الفقه الإسلامي من خلال كتاب الإشراف ص ٢٢٩ وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٢) مجمع الضمانات لابن غانم ص ١٦٥ وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "المباشر ضامن وإن لم يتعمد والمتسبب لا إلا أن يتعمد".

(٣) حديث نبوي رواه الدارقطني ٤١/٣ (١٦٧)، والبيهقي في الكبرى ٢٨٩/٦ من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٤) فتاوى قاضيخان ٢٤٦/٢، مجمع الضمانات ٣٧٧/١ وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٥) درر الحكام ٤٥٨/٢ وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٦) انظر: تهذيب اللغة، لسان العرب، مادة "عدا".

(٧) نظرية الضمان لمحمد فوزي ص ٩٢.

هذه القاعدة التي اتفق الفقهاء على اعتبارها – في الجملة – هي من جملة قواعد الضمان التي تمثل اهتمام الإسلام بالحقوق المعصومة، فلا شك أن الشريعة الإسلامية قد أولت عناية بالغة بحقوق الناس وأملاكهم المعصومة، ولذلك شرعت كافة الوسائل والأحكام التي تحفظها وتصونها، وتحول دون هدرها وبطلانها، ومن ذلك تحريم الاعتداء عليها ابتداءً، ثم جبرانه وإزالة أثره إن وقع، وذلك بوجوب ضمان الأضرار الواقعة عليها بغير حق تعديًا، وهذا ما تعبر عنه القاعدة التي بين أيدينا، أي أن المتعدي على حق الغير ضامن لكل ما نجم عن تعديه.

والتعدي يكون بأحد الأمرين:

١ – إما بتجاوز الفاعل على الشخص المضرور في جسمه أو ماله أو حقه رأسًا، كما في حالة المباشرة.

٢ – وإما بتجاوزه في تصرفه الحدود المأذون بها شرعًا حتى يفضي إلى ضرر الغير، كما في حالة التسبب.

فمتى وجد التعدي لا ينظر بعد ذلك إلى التعمد والقصد»[١]؛ لأن التعدي في المنظور الشرعي واقعة مادية محضة، يترتب عليها مسؤولية التعويض عن الضرر، بغض النظر عن نوع الأهلية في شخص المعتدي وقصده؛ لما تقرر شرعًا من أن «حق العبد لا يتوقف على القصد»، وأن «الخطأ والنسيان في أموال الناس سواء»[٢]. ففي ضمان الأموال لا فرق بين العمد والخطأ، ولا بين الكبير والصغير، كما أنه لا فرق في ذلك بين كون المتلَف من باب الأمانات أو من باب المضمونات، وسواء أكان تلفها مباشرة أو بالتسبب، أتلفها في حالة السعة

---

(١) المدخل الفقهي العام ٢/١٠٤٧.

(٢) الذخيرة ٩/٤٥ – ٤٦، المعيار المعرب ٢/٢٨٠، شرح الخرشي ٦/١٧٩.

والاختيار، أو في حالة الاضطرار - عند الجمهور، فحق الغير مضمون أبدًا طالما وجد التعدي بمعناه السابق، ولم يكن الفعل مأذونًا فيه من قبل من يملك الإذن فيه، علمًا بأن وجوب الضمان على المعذورين ليس من باب العقوبة، بل من باب العدل في حقوق العباد[١]، أو بعبارة أخرى إن وجوب الضمان من باب الجوابر، وهي شرعت لجبر ما فات من مصالح حقوق الله وحقوق عباده، فلذلك لم يشترط فيه الأهلية والتكليف[٢].

ولا يخفى أن التعدي ليس له حدّ معلوم في الشرع، فيكون مرجعه إلى العرف والعادة، فما اعتبر في العرف والعادة تعديًا كان كذلك في الشرع، وأنيط الحكم به ولزم به الضمان[٣].

وهذه القاعدة قسيمة لقاعدة «المفرط ضامن» ومكملة لها؛ لأن التعدي والتفريط كلاهما من موجبات الضمان، والفرق بين التعدي والتفريط، هو أن التعدي فعل ما لا يجوز فعله كأن يزيد الطبيب في جرعة المخدر، أو في كمية الدواء، مثلاً، والتفريط ترك ما يجب فعله[٤]، كأن يترك سقي الدابة المستعارة، أو لم يشخص الطبيب حالة المريض كما ينبغي، لكنهم قد يطلقون التعدي ويريدون به التفريط، قال الأتاسي - رحمه الله تعالى: «وقد يطلقونه [يعني التعدي] ويريدون منه ترك الحفظ الملتزم والقصور فيه»[٥]، فيكون التعدي هنا

---

(١) انظر: مجموع الفتاوى ١٤/١١٩ وراجع أيضًا: نظرية الضمان للزحيلي ص ١٨، ١٩.

(٢) انظر: قواعد الأحكام ٢/٣.

(٣) انظر: القواعد والأصول الجامعة ص ٣٧، القواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي للدكتور الهاجري ١/٨١ - ٨٢.

(٤) انظر: القواعد والأصول الجامعة ص ٤٤.

(٥) واستشهد له ما جاء في بعض مصادر الحنفية: "التعدي شرط الضمان، كالحمامي إذا نام أو غاب فسرق منه الثوب يضمن" اهـ شرح الأتاسي للمجلة ٣/٢٤٤ ومن ذلك أيضًا - قول التسولي: "لو بور الولي رباع اليتيم حتى دثرت مع إمكانه صيانتها فإنه ضامن لتعديه بعدم فعل ما وجب عليه" البهجة في شرح التحفة ٢/٢٠.

شاملاً للفعل وللترك معًا[١]، لذلك جاءت بعض صيغ هذه القاعدة بما يفيد قصر الضمان على التعدي، ويريدون به التعدي والتفريط معًا؛ إذ من المعلوم أن الأمانات إنما تضمن بأحد الأمرين: التعدي أو التفريط[٢].

ومع أن المراد بالمتعدي هنا في عامة استعمالات الفقهاء هو المتعدي لحقوق العباد، غير أن ذلك لا يمنع من الأخذ بعموم لفظ القاعدة بحيث تشمل حقوق الله تعالى أيضًا – مع ملاحظة الفرق بين العمد والخطأ في حقوق الله تعالى - فمن تعدى حدًا من حدود الله تعالى – مما يتصور فيه الجبران – لزمه الضمان، وضمان كل شيء بحسبه، كوجوب الفدية على المحرم إذا أتلف صيدًا، أو وجوب الكفارة على من جامع في نهار رمضان، ونحو ذلك.

وجدير بالذكر أن المتعسف والمسيء في استعمال الحق في حكم المتعدي من حيث وجوب الضمان عليه، والتعسف هو تصرف الإنسان في حقه تصرفًا غير معتاد شرعًا، أو بعبارة أخرى: هو استعمال حق مشروع على وجه غير مشروع، والفرق بين التعدي والتعسف هو أن الفعل في التعدي غير مشروع لذاته؛ لأنه لا يستند إلى حق أو جواز شرعي، أي أنه معيب لذاته ومحظور في كل حال إلا حال الضرورة، أما التعسف في استعمال الحق فإن الفعل في أساسه مشروع ومستند إلى حق ولكنه مشوب بعيب في باعثه أو نتيجته، فإن تجرد الفعل من الباعث غير الشرعي، أو لم تترتب عليه النتيجة غير المشروعة كان جائزًا، وليس كذلك التعدي ومجاوزة الحق[٣]، فإذا كان الفعل ناتجًا عن استعمال الحق استعمالاً تعسفيًا فما تولد عنه يكون ضامنًا له[٤] كمن يعلو بسور

---

(١) انظر: نظرية الضمان للزحيلي ص ١٩.

(٢) ومن الفروق بين التفريط والتعدي أن التفريط يكون في الأمانات وما في حكمها خاصة، وأما التعدي فإنه أعم يكون في الأمانات وغيرها.

(٣) انظر: نظرية التعسف في استعمال الحق للدريني ص ٤٧ – ٦٣.

(٤) انظر: نظرية الضمان للزحيلي ص ٢٠.

منزله ليس بقصد تحقيق الأمان ولكن لمجرد قصد حجب الهواء والضوء عن ملك الجار ولو كان هذا الجار غير مقيم فعلا بالمنزل وكالحاكم إذا ضرب من يستحق الضرب بما لا يطيقه ولا يحتمله، أو يضربه في يوم شديد البرودة أو الحرارة، وما شابه ذلك من المعايير الموضوعية التي يجب مراعاتها أثناء التعزير والله تعالى أعلم.

أدلة القاعدة :

١- عن أنس بن مالك قال: كان النبي ﷺ عند إحدى أمهات المؤمنين فأرسلت أخرى بقصعة فيها طعام فضربت يد الرسول فسقطت القصعة فانكسرت، فأخذ رسول الله ﷺ الكسرتين فضم إحداهما إلى الأخرى فجعل يجمع فيها الطعام ويقول: «غارت أمكم، كلوا» فأكلوا حتى جاءت بقصعتها التي في بيتها فدفع القصعة الصحيحة إلى الرسول وترك المكسورة في بيت التي كسرتها»[١].

والحديث ظاهر الدلالة في وجوب الضمان على المتعدي، فقد ألزم النبي ﷺ زوجته التي كسرت الإناء الضمان، لكونها متعدية.

٢- حديث النعمان بن بشير رضي الله عنه مرفوعًا: «من وقف دابة في سبيل من سبل المسلمين أو في سوق من أسواقهم فأوطأت بيد أو رجل فهو ضامن»[٢].

وقد لزمه الضمان لكونه متعديًا؛ لأنه فعل ما لا يجوز له فعله شرعًا فضمن ما نجم عن تصرفه هذا.

---

(١) رواه البخاري في صحيحه ٣٦/٧ (٥٢٢٥).

(٢) رواه الدارقطني في سننه ٢٣٥/٤ (٣٣٨٥)، والبيهقي في الكبرى ٥٩٧/٨ (١٧٦٩٣) وضعفه.

٣- حديث عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما مرفوعًا: «من تطبب ولا يعلم منه طب فهو ضامن»[١].

قال ابن عبد البر: «أجمع العلماء على أن المداوي إذا تعدى ما أمر به ضمن ما أتلف بتعديه ذلك»[٢] ثم ساق هذا الحديث، ويقاس على الطبيب كل متعدٍ بفعل ما ليس له فعله.

٤- الإجماع: فقد حكي الإجماع على كثير من مسائلها، كما سيأتي عند ذكر التطبيقات، إن شاء الله تعالى.

تطبيقات القاعدة:

١- من حفر حفرة في الطريق - من غير إذن الحاكم- ثم سقط فيها شيء فتلف، وجب عليه الضمان، لكونه متعديًا في الحفر[٣].

٢- «إذا طلب المودع الوديعة وحبسها المودع وهو قادر على التسليم ضمن»[٤]. إذا تلفت؛ لأنه متعدٍّ، والمتعدي ضامن.

٣- إذا شرط رب المال على العامل ألا يبيع بالدين فباع به، فإنه ضامن إن كانت فيه خسارة؛ لأنه متعد[٥]، والمتعدي ضامن.

٤- إذا تعدى المودع في الوديعة كالدابة يركبها أو كالثوب يلبسه أو كالدراهم يخرجها للنفقة ضمنها باتفاق الفقهاء[٦]، وكذلك أجمعوا

---

(١) رواه أبو داود ١٩٥/٤ (٤٥٨٦)، والنسائي ٥٢/٨ (٤٨٣٠)، وابن ماجه ١١٤٨/٢ (٣٤٦٦)، والحاكم ٢٣٦/٤ (٧٤٨٤) وقال: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه ووافقه الذهبي.

(٢) الاستذكار ٦٤/٨.

(٣) انظر: مجمع الضمانات ٤٠٧/١، المنثور٣٢٧/٢، بحوث في الفقه المعاصر للشيخ حسن الجواهري ١٦٣/١.

(٤) العناية ٢١٢/١٢.

(٥) انظر: المنتقى ١٧٦/٥، الاستذكار ٢٧/٧.

(٦) انظر: الحاوي ١٢٤/٧، شرائع الإسلام ١٠٧/٢، الموسوعة الفقهية ٤٠/٤٣.

على أن المستعير إذا تعدى في العارية فإنه ضامن لما تعدى فيها[(١)].

٥- أجمع العلماء على أن المداوي والطبيب إذا تعدى ما أمر به ضمن ما أتلف بتعديه ذلك[(٢)]، كما أن «من تعدى المعتاد ضمن»[(٣)]، وكذلك المتعاطي علما أو عملا لا يعرفه متعد فإذا تولد من فعله التلف ضمن[(٤)]. بناءً على موجب هذه القاعدة.

٦- إذا وضع شخص آلة من الآلات المتعطلة عند شخص ادعى أنه يعرف كيفية إصلاحها فأفسدها، لجهله بإصلاحها، وجب عليه ضمان ما أفسد[(٥)]، مثله مثل من يدعي الطب وهو جاهل به.

٧- يجوز لمعلم الصبيان أن يؤدبهم بالضرب استصلاحا لهم وهكذا الأب في ولده والزوج عند نشوز امرأته فإن تعدى أحد هؤلاء في الضرب إلى أن خرج فيه إلى حد التلف فهو قاتل عمدا يجب عليه القود بالإجماع[(٦)]، إلا الوالد في ولده فتلزمه الدية دون القود[(٧)].

٨- ليس لأحد الشركاء التصرف في المال المشترك إلا بإذن الجميع، ويقتصر من التصرف على المأذون فيه، فإن تعدى ضمن[(٨)].

٩- من استعار - أو استأجر - من غيره سيارة فاستعملها فيما لا تستعمل

---

(١) انظر: مراتب الإجماع ص ٩٥ المقنعة لمفيد ص ٦٣١.
(٢) انظر: الاستذكار ٨/٦٣.
(٣) شرح النيل ٦/٣٨٨.
(٤) انظر: الطب النبوي لابن القيم ص ١٠٩.
(٥) انظر: القواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي ١/٣٣٧.
(٦) حكى هذا الإجماع ابن عابدين في حاشيته ٤/٧٩.
(٧) الحاوي ٧/٤٣٤.
(٨) انظر: الروضة البهية ٤/٢٠٢، اللمعة الدمشقية ٢٢/١٣١.

فيه عادة، أو استعملها بطريق غير معتاد، كأن يسرع السير بها في الأماكن الوعرة، فتلفت ضمنها بالإجماع؛ لأنه تعدى[(١)].

١٠- أجمع الفقهاء على أن المرتهن إذا تعدى في الرهن فتلف ضمنه[(٢)].

د. محمد خالد عبد الهادي هدايت

* * *

(١) انظر: الفتاوى الهندية ٤/٣٦٣، القواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي ١/١٥٩ وراجع نظيره في التاج المذهب ٣/٩٦.
(٢) انظر: اختلاف الأئمة العلماء ١/٤٢٠، المحلى ٨/٩٩.



رقم القاعدة: ٨٥٧

نص القاعدة: المُفَرِّط ضَامِنٌ[(١)].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- المُفَرِّط عليه الضمان[(٢)].

٢- التفريط يناسبه الضمان[(٣)].

٣- الأمين غير ضامن ما لم يُفَرِّط[(٤)].

٤- المفرط أولى بالضرر[(٥)].

٥- المقصِّر غير معذور[(٦)].

---

(١) قواعد الفقه الإسلامي من خلال كتاب الإشراف ص ٢٢٩، نظرية التقعيد الفقهي ص٧٢، نظرية التقعيد الفقهي ص ٥٣، ٧٢، أبو عبدالله المقري وقواعده الفقهية ص ١٩٢، بدر الدين العيني وقواعده الأصولية والفقهية ص٣٢٣.

(٢) شرح الزركشي ٤١٧/٦ وفي لفظ: "المفرط يضمن بالتفريط " الإعلام لأبي الوفاء ١٨٩/٨.

(٣) مجموع فتاوى ابن تيمية ٤٠٢/٢٩.

(٤) الحاوي الكبير ١٦٩/٤ وفي لفظ: "الأمناء لا ضمان عليهم إلا بتفريط أو عدوان" الإقناع للحجاوي ٤٠٣/٤ وفي لفظ: " الأمين إذا فرَّط في أمانته ضمن "مكنون الخزائن للبشري ١٨٠/٨.

(٥) كشاف القناع ٨٦/٤، مطالب أولي النُهى ١٧/٤ وفي لفظ: "المفرط أولى بحصول الضرر" شرح منتهى الإرادات ٣٠٢/٢.

(٦) بدائع الصنائع ٤٤١/٥.

قواعد ذات علاقة :

١- على اليد ما أخذت حتى تؤديه[١]. (أصل للقاعدة).

٢- لا ضمان على مؤتمن[٢]. (أصل مقيد بالقاعدة).

٣- كل من علم تحريم شيء وجهل ما يترتب عليه لم يفده ذلك[٣]. (متفرعة).

٤- الدافع بغير حق ضامن كالقابض[٤]. (متفرعة).

٥- المتعدي ضامن[٥]. (قسيمة).

٦- ما لا يمكن الاحتراز عنه فلا ضمان فيه[٦]. (قيد).

شرح القاعدة :

المُفَرِّط: اسم فاعل من: فَرَّط في الشيء وفرَّطه، يُفَرِّط تفريطًا، فهو مفرط، إذا ضيعه وقدم العجز فيه وفَرَط في الأمر يَفْرُط فَرْطًا: أي قصَّر فيه وضيَّعه حتى فات، وكذلك التفريط، ويستعمل المفرط في الشيء بمعنى المضيع والمهمل له والمتهاون والمقصّر فيه وأما الإفراط فهو الإسراف وتجاوز

---

(١) لفظ حديث شريف رواه أبو داود ٢٠٢/٤ (٣٥٥٦)، والترمذي ٥٦٦/٣ (١٢٦٦)، والنسائي في الكبرى ٣٣٣/٥ (٥٧٥١)، وابن ماجه ٨٠٢/٢ (٢٤٠٠) من حديث الحسن عن سمرة، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٢) لفظ حديث شريف رواه الدارقطني ٤١/٣ (١٦٧)، والبيهقي في الكبرى ٢٨٩/٦ من حديث عبدالله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٣) أشباه ابن السبكي ٣٨١/١، المنثور ١٥/٢، أشباه السيوطي ص ٢٨٦ وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "من علم التحريم وجهل المرتب عليه لم يعذر".

(٤) المبسوط ١٩٢/١١، وعنه موسوعة القواعد الفقهية للبورنو ٣١٢/٥.

(٥) الذخيرة ٣١٨/٨ وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٦) فتاوى قاضيخان ٢٤٦/٢، مجمع الضمانات ٣٧٧/١ وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

الحد قال الجرجاني: «الفرق بين الإفراط والتفريط: أن الإفراط يستعمل في تجاوز الحد من جانب الزيادة والكمال، والتفريط يستعمل في تجاوز الحد من جانب النقصان والتقصير»[١].

ومعنى القاعدة أن من قصَّر وتهاون في حفظ ورعاية شيء اؤتمن عليه، ففات أو تلف، فإنه ضامن لما ضاع من ذلك نتيجةَ تقصيره وتفريطه.

هذه القاعدة التي مضمونها محل اتفاق بين الفقهاء[٢] تمثل حلقة في سلسلة القواعد التي تكوِّن نظرية الضمان في الفقه الإسلامي، وهي تعبر عن حالة من الحالات التي يجب فيها الضمان، ومجالها الأساس حقوق العباد، إلا أنها تعم حقوق الله تعالى أيضًا، فكما يتحمل الإنسان تبعة تفريطه وإهماله لما يجب عليه حفظه من أموال وحقوق الآخرين بأن يلحقه الغرم والضمان جبرانًا لما تسبب فيه من الضرر لغيره، كذلك من فرَّط في شيء من حقوق الله تعالى وحدوده تحمل نتيجة تفريطه ووجب عليه ضمانه بالطريقة التي حددها الشارع، مثل وجوب الفدية، أو الكفارة أو نحو ذلك مما ستأتي أمثلته عند ذكر التطبيقات إن شاء الله تعالى.

ويتبين مما سبق في بيان معنى القاعدة أنها تتعلق بما يكون تحت يد الإنسان من الأمانات، مثل الوديع، والشريك، والوصي، والوكيل، والمضارب والوصي، والولي، وكذلك المستعير- عند من يعده أمينًا - ونحو ذلك، لا المضمونات، سواء أخذها بغير إذن صاحبها مثل الغصب والسرقة، أو أخذها بإذن من صاحبها، مثل القرض، والمقبوض بسوم الشراء، ونحو ذلك؛ لأن المضمونات تضمن مطلقًا، فرط من كانت بيده أو لم يفرط؛ بناءً على أن الأصل

---

(١) التعريفات ص ٤٩ وانظر أيضًا: لسان العرب، تاج العروس، المصباح المنير، مادة "فرط".

(٢) انظر: الموسوعة الفقهية ١٥١/١٣.

في أموال الآخرين الضمان، وأن «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» لكن استثنى الشارع من عدم وجوب الضمان الأمانات، فإنها لا تضمن؛ لقوله ﷺ «لا ضمان على مؤتمن»، لكن بشرط عدم التعدي وعدم التفريط من الأمين، فإن حصل منه تعد أو تفريط لم يعد أمينًا، فكان على أصل الضمان، وهذا هو ما تفيده القاعدة التي بين أيدينا، حيث أفادت بمنطوقها أن المفرط والمقصر ضامن، فدلت بمفهومها على أن غير المفرط من الأمناء لا يضمنون، كما أفادت في الوقت نفسه أنه «لا ضمان على المبالغ في الحفظ».

ولا يخفى أن المرجع في تحديد ما يكون تفريطًا موجبًا للضمان أو لا يكون، هو العرف والعادة؛ لأن «ما لا حد له في الشرع ولا في اللغة يرجع فيه إلى العرف»[1].

أدلة القاعدة:

١- حديث النعمان بن بشير رضي الله عنه مرفوعًا: «من أوقف دابة في سبيل من سبل المسلمين أو في سوق من أسواقهم فأوطأت بيد أو رجل فهو ضامن»[2]؛ لأنه متعد ومفرط في تصرفه هذا[3].

٢- حديث ناقة البراء بن عازب رضي الله عنه أنها دخلت حائط رجل فأفسدته عليهم، فقضى رسول الله ﷺ على أهل الأموال حفظها

(١) الفروق للقرافي مع هوامشه ٣١٧/١ وانظر أيضًا: مجموع الفتاوى ٣٤٥/٢٠ وراجع أيضًا: مائة قاعدة فقهية للمصطفوي ص ١٨.

(٢) رواه الدارقطني في سننه ٢٣٥/٤ (٣٣٨٥)، والبيهقي في الكبرى ٥٩٧/٨ (١٧٦٩٣) وضعفه.

(٣) كمن "وقف في طريق ضيق فصدمه رجل وماتا وجب على عاقلة كل واحد منهما دية الآخر لأن الصادم قتل الواقف بصدمة هو مفرط فيها والمصدوم قتل الصادم بسبب هو مفرط فيه، وهو وقوفه في الطريق الضيق" المهذب ١٩٤/٢.

بالنهار، وعلى أهل المواشي حفظها بالليل[١]. ووجه الدلالة من هذا الحديث أنه لما كانت العادة من أهل المواشي إرسالها في النهار للرعي وحفظها ليلا، وعادة أهل الحوائط حفظها نهارا دون الليل، فإذا ذهبت ليلا كان التفريط من أهلها بتركهم حفظها في وقت عادة الحفظ فكان الضمان عليهم، وإن أتلفت نهارا كان التفريط من أهل الزرع، وقد فرَّق النبي ﷺ بينهما وقضى على كل إنسان بالحفظ في وقت عادته، فإن فرط في حفظ ماله تحمل تبعة تفريطه[٢].

٣- روي عن أنس بن مالك قال: استُودِعتُ ستة آلاف فذهبت، فقال لي عمر: ذهب لك معها شيء؟ قلت: لا، قال: فضمَّنني[٣]. وهذا الأثر رواه البيهقي بألفاظ مختلفة، وعلق عليه بقوله: «يحتمل أنه كان فرط فيها فضمنها إياه بالتفريط، والله أعلم»[٤].

٤- ويدل لها من المعقول: أن المقصر والمفرط متسبب في تلف ما يجب عليه حفظه ورعايته، فوجب عليه ضمانه[٥].

---

(١) رواه أحمد ٩٧/٣٩ (٢٣٦٩١)،١٠٢(٢٣٦٩٦)، وأبو داود٣/٢٩٨(٣٥٦٩)،٢٩٨(٣٥٧٠) وغيرهما، وقد اختلف فيه على الزهري فقيل عنه عن حرام بن سعد بن محيصة به، وقيل عنه عن حرام عن البراء بن عازب، وقيل عنه عن حرام بن محيصة عن أبيه به انظر: التلخيص الحبير ٤/١٦٢، إرواء الغليل ٥/٣٦٢.

(٢) انظر: المغني ٩/١٥٦، المبدع ٥/١٩٩ وقد احتج الجمهور بهذا الحديث على وجوب الضمان على أصحاب الدواب - إن لم يكونوا معها - وخالفهم الحنفية، وقالوا لا ضمان في جناية الدابة لقوله ﷺ: «العجماء جبار» والله أعلم. انظر: المغني في الموضع نفسه، وشرح معاني الآثار ٣/٢٠٣، أضواء البيان ٤/٢٣١.

(٣) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه ٤/٣٩٨.

(٤) السنن الكبرى للبيهقي ٦/٢٩٠ (١٣٠٧٩).

(٥) انظر: الموسوعة الفقهية ١٣/١٥١، ٤٣/٤٠.

تطبيقات القاعدة :

١- إن اصطدمت سفينتان -أو سيارتان - فتلفتا لتفريط من رباني السفينتين - أو قائدي السيارتين، مثل تقصيرهما في آلتهما وتركهما ضبطهما - مع إمكانه - أو تسييرهما إياهما في ريح شديدة لا تسير السفن - أو السيارات - في مثلها، ضمن كل واحد منهما سفينة الآخر بما فيها، كالفارسين إذا اصطدما، فإن لم يفرطا فلا ضمان عليهما وإن فرط أحدهما دون صاحبه ضمن المفرط وحده[١].

٢- من زوجها غير أبيها من الأولياء بأقل من مهر مثلها بدون إذنها، صح النكاح، ويكون لها مهر مثلها على الزوج، وعلى الولي ضمانه؛ لأنه المفرط فكان عليه الضمان، كما لو باع مالها بدون ثمن مثل[٢].

٣- لو اشترى الوكيل أو المضارب بأزيد مما قدَّره له صاحب المال، أو بأزيد من ثمن مثل، ضمنا الزائد عنهما، ويضمنان في بيع بأنقص عن مقدَّر كلَّ النقص عن مقدَّر، فإن لم يقدر لهما، ضمنا ثمن كل مالا يتغابن بمثله عادة؛ لأنه تفريط بترك الاحتياط وطلب الأحظ لموكله وصاحب المال، بخلاف ما يتغابن به؛ لعسر التحرز منه؛ وحيث نقص مالا يتغابن به ضمنا جميع ما نقص عن ثمن مثل[٣].

٤- من كان عنده وديعة - أو عارية - فردها إلى صاحبها مع من لا يحفظ مثلها مثله، أو أودعها غيره بغير إذن مالكها، أو سافر بها بلا عذر، أو ترك تعهدها، مع كونه يظن فسادها بترك التعهد لها، أو رأى إنسانًا

---

(١) انظر: الحاوي ١٢/٣٣٣، المجموع ١٩/٣٣، الكافي لابن قدامة ٤/٦٦.

(٢) انظر: المغني ٧/٣٧ - ٣٨.

(٣) انظر: شرح منتهى الإرادات ٢/١٩٦، مطالب أولي النهى ٣/٤٦٦.

يسرقها، وهو قادر على منعه،كان عليه ضمانها؛ لكونه مفرطًا في حفظها[١].

٥- لو أن الدابة جنت بيدها،ضمن راكبها ما أصابت من نفس أو جرح أو مال، وكذلك إن قادها أو ساقها؛ لإمكان حفظها والحال هذه عن الجناية، فإذا لم يحفظها الراكب أو السائق أو القائد فقد فرط، والمفرط عليه الضمان[٢].

٦- لو علم المحرم تحريم الطيب وجهل وجوب الفدية وجبت الفدية؛ لأنه مقصر، وهو كمن زني أو شرب أو سرق عالما تحريم ذلك جاهلا وجوب الحد فيجب الحد بالاتفاق؛ وكذا لو علم تحريم القتل وجهل وجوب القصاص وجب القصاص، فـ «كل من علم تحريم شيء وجهل ما يترتب عليه لم يفده ذلك»؛ لكونه مقصرًا في معرفة ما يجب عليه معرفته مع إمكانها[٣].

٧- لو أن مُحْرِمًا أمسك الصيد، فمات في يده، بعد إمكان الإرسال، لزمه الجزاء؛ لأنه مقصر بالإمساك[٤].

٨- من أخر قضاء رمضان بغير عذر إلى أن دخل عليه رمضان الثاني وجب عليه إطعام مُدٍّ بمده عليه السلام، من غالب قوت أهل البلد، عن كل يوم لمسكين؛ لكونه مفرطًا بالتأخير في قضائها[٥].

٩- من قاد سيارة بها خلل، كأن تكون مكابحها شبه متعطلة - مثلاً -

(١) انظر: المبسوط ١١/١١٣، تبيين الحقائق ٥/٧٦، السيل الجرار ٣/٣٤٢.
(٢) شرح الزركشي ٣/١٥٩.
(٣) انظر: المجموع ٧/٣٤٠، ٣٤٤.
(٤) انظر: روضة الطالبين ٣/٤٠٠.
(٥) انظر: الخلاصة الفقهية على مذهب المالكية ص ٢٠٧.

ضمن ما تلف بسببها؛ لأنه مفرط في ركوبها، مثل الدابة الجموح التي لا تنضبط بالكبح لا تركب في الأسواق، ومن ركبها فهو مقصر، ضامن لما تتلفه[١].

١٠- «ما تسببه البهائم من حوادث السير في الطرقات يضمن أربابها الأضرار التي تنجم عن فعلها إن كانوا مقصرين في ضبطها، والفصل في ذلك إلى القضاء»[٢].

د. محمد خالد عبد الهادي هدايت

* * *

---

(١) انظر مثال الدابة في روضة الطالبين ٣/٤٠٠.

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثامن ٢/١٧١، قرار مجمع الفقه الإسلامي ص٧١ برقم (٨/٢).

رقم القاعدة: ٨٥٨

نص القاعدة: هَل التَّرْكُ فِعْلٌ يُوجِبُ الضَّمَانَ أَوْ لا؟[١].

صيغ أخرى للقاعدة :

١- ترك الواجبات عندنا في الضمان كفعل المحرمات[٢].

٢- الترك كالفعل في باب الضمان[٣].

٣- الشارع جعل الترك سببًا في الضمان[٤].

٤- من ترك واجبا فترتب على تركه ضرر مباشر ضمن[٥].

قواعد ذات علاقة :

١- الترك هو كالفعل أم لا؟[٦]. (أصل للقاعدة).

٢- التفريط يوجب الضمان[٧]. (أعم).

---

(١) منح الجليل شرح مختصر خليل للشيخ عليش ٢/٤٤٣.

(٢) الاختيارات العلمية في اختيارات شيخ الإسلام ابن تيمية للبعلي ص٦٠٢.

(٣) فتح الباري لابن حجر العسقلاني ٥/٩٨.

(٤) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/١١١، حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٢/١٠٩.

(٥) الضمان في الفقه الإسلامي لعلي الخفيف ص ٣٤.

(٦) إيضاح المسالك للونشريسي ص٧٧، شرح المنهج المنتخب للمنجور ص ٢٥٥.

(٧) النوازل الصغرى للوزاني ٣/٤٥٠، قواعد الفقه الإسلامي من خلال كتاب الإشراف على مسائل الخلاف لمحمد الروكي ص ٢٢٩ وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "المفرط ضامن".

٣- المباشر ضامن وإن لم يتعد، والمتسبب لا إلا إذا كان متعديا[١]. (أعم).

٤- من ترك واجبا في الصون ضمن[٢]. (أخص).

٥- من أجيز له أخذ مال الغير للحفظ ضمن إن ترك[٣]. (أخص).

٦- الأمين يضمن بترك الحفظ إذا كان بغير عذر[٤]. (أخص).

٧- كل مضمون إذا أمكنه تخليصه فلم يفعل حتى تلف هل يضمه؟[٥]. (أخص).

شرح القاعدة:

من معاني الترك في اللغة: عدم الفعل وتخلية الشيء وإهماله، يقال: تركه تركا: خلاه وأهمله[٦].

واصطلاحًا: «عدم فعل المقدور سواء قصد التارك أو لم يقصد»[٧]. ويدخل فيه ترك الحفظ والإهمال والامتناع عن تقديم المساعدة لمن يحتاجها.

والضمان: «هو شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل»[٨].

ومعنى القاعدة: أن من ترك فعلا من شأنه إنقاذ مال المسلم من الضياع،

---

(١) مجمع الضمانات للبغدادي ص ١٤٦ وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٢) الفروق للقرافي ٢/٢٣٧.

(٣) عارضة الأحوذي في شرح الترمذي ٦/١٤٢.

(٤) مجمع الضمانات للبغدادي ١/٧٨.

(٥) القواعد والفوائد الأصولية للبعلي ص ٦٣.

(٦) انظر: القاموس المحيط ٣/٢٩٦ - والصحاح ٤/١٥٧٧ - ومختار الصحاح ص ٩١.

(٧) كشاف اصطلاحات الفنون للتهانوي ١/٤٢٢.

(٨) الضمان في الفقه الإسلامي لعلي الخفيف ص ٨.

أو إنقاذ نفسه من الهلاك، ولم يفعل وترتب على ذلك ضرر، هل يضمنه أم لا؟

وهذه القاعدة كما يبدو من صيغتها المختارة من قواعد الخلاف، وأصل الخلاف فيها هو الخلاف في المسألة الأصولية الفقهية المعروفة: هل يعتبر الترك بذاته فعلا تترتب عليه الأحكام أم لا؟[١].

فالترك في القاعدة صورة من صور التسبب السلبية التي تؤدي إلى الإتلاف وهو ما يعرف عند المعاصرين ب الجريمة السلبية، وهي ما تكون بالامتناع عن إتيان فعل مأمور به، كالامتناع عن أداء الشهادة، أو ترك إنقاذ الغريق ممن يُجيد السباحة[٢].

وقد ذكر الفقهاء أسباب الضمان، ولم يعدوا ترك الفعل سببا مستقلا يترتب عليه الضمان[٣].

والخلاف في القاعدة ليس على إطلاقه، فقد اتفق الفقهاء على بعض مسائلها، فمن ذلك مثلاً:

---

(١) انظر: الإحكام للآمدي ١/١٤٧، شرح المنهاج للسبكي وولده ٢/٤٩.

(٢) انظر: التشريع الجنائي الإسلامي لعبد القادر عودة ١/٨٦-٨٧، جرائم الامتناع عن تنفيذ الأحكام لعبد الفتاح مراد ص ٢١، علاقة السببية في قانون العقوبات لمحمود نجيب حسني ص ٣٧٣ وانظر: صياغة قاعدة "الترك فعل إذا قصد".

(٣) من أسباب الضمان عند الشافعية والحنابلة:

١ - العقد، كالمبيع والثمن المعين قبل القبض والتسليم في عقد البيع.

٢- اليد المتعدية، سواء أكانت اليد مؤتمنة كالوديعة والشركة، أو غير مؤتمنة كالغصب والشراء فاسدًا.

٣- الإتلاف، نفسًا أو مالاً.

انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص٣٦٢، القواعد لابن رجب ص٢٠٤، الموسوعة الفقهية الكويتية ٢٨/٢٢٧.

وأسباب الضمان عند المالكية ثلاثة أيضًا، هي: الإتلاف مباشرة، والتسبب للإتلاف، ووضع اليد غير المؤتمنة. انظر الفروق للقرافي ٤/٢٧، الموسوعة الفقهية الكويتية ٢٨/٢٢٨.

أنه إذا كان سبب الترك هو عدم الاستطاعة فلا خلاف بين الفقهاء في أن الترك لا يكون سببا في الضمان، كمن رأى حريقًا في بيت ولا يستطيع إطفاءه ولا طلب العون من غيره فتركه حتى تلف ما فيه.

أما إذا كان سبب الترك هو الإهمال والتفريط مع القدرة على الفعل، فهذا الذي وقع الخلاف فيه بين الفقهاء.

وإذا كان الشيء المتروك حقا للغير في ذمة شخص كان ملتزما به حفظا أو أداء، فإن ترك الحفظ يستلزم الضمان فيما ضاع أو تلف عند عامة الفقهاء؛ لأن ترك الحفظ هنا تفريط، والمفرط ضامن[1].

أما إذا كان الحق يتعلق بنفع الغير، لكن لم يلتزم به شخص مع قدرته على ذلك، وكان في ترك القيام بما يحقق النفع ضياع المال أو تلفه، كمن رأى مالا لغيره معرضا للتلف بنار أو نحوها، وكان في قدرته إنقاذه ولم يفعل فتلف، فإنه يأثم بالترك هذا من ناحية الديانة، أما من ناحية ترتب الضمان على الترك في هذه الحالة، فيرى الشافعية والحنابلة وجمهور الحنفية، وهو قول عند المالكية، أنه لا ضمان بالترك؛ لأن الترك ليس سببا ولا تضييعا ولا مباشرة، ولأن المال إنما يضمن باليد أو الإتلاف، ولم يوجد شيء من ذلك[2] وعند الزيدية: إذا ترك اللقطة فأخذها آخذ فلا ضمان عليه[3] وذهب المالكية في المشهور عنهم إلى أن الترك فعل في باب الضمان، كمن مر على لقطة فتركها ولم يلتقطها وهو عالم أنها معرضة للتلف، ثم تلفت فإنه يضمنها بناء على أنه ترك واجبا عليه هو صون

---

(١) انظر: مجلة الأحكام الشرعية مادة (١٠١٨)، المغني لابن قدامة ٢٥٧/٤.

(٢) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٢٠٠/٦، حاشية ابن عابدين ٣١٨/٣، ٣١٩، نهاية المحتاج للرملي ٤٢٤/٥، ١١٠/٦، المهذب للشيرازي ٤٣٦/١، المغني لابن قدامة ٦٩٤/٥، الضمان في الفقه الإسلامي لعلي الخفيف ص٣٤.

(٣) انظر: التاج المذهب في أحكام المذهب ٤٤٥/٣.

مال المسلم، ومن ترك واجبًا في الصون وترتب عليه تلف مباشر ضمن بل ذهب المالكية إلى تضمين الصبي في ترك ما يجوز له فعله، فلو مر صبي مميز على صيد مجروح لم ينفذ مقتله، وأمكنته ذكاته، فترك تذكيته حتى مات فعليه قيمته مجروحًا لصاحبه؛ لأن الضمان من خطاب الوضع لا من خطاب التكليف؛ ولأن الشارع جعل الترك سببا في الضمان، فيتناول البالغ وغيره[(١)].

أما إذا كان المتروك هو إنقاذ نفس من الهلاك أو الضرر، كمن رأى إنسانا في مهلكة فتركه مع قدرته على إنقاذه، فيرى الحنفية والشافعية والحنابلة أن ترك الفعل إذا تسبب عنه تلف نفس فلا ضمان بسببه؛ لعدم المباشرة، فالمباشرة إنما تتحقق إذا كان هناك اتصال بين الفعل الضار ومحل الضرر، كما في اتصال آلة الإتلاف بالشيء المتلف وهذا إنما يتصور في الفعل الحسي والكف عن الفعل هنا لم يؤد إلى فعل كان من نتيجته التلف، وإنما كان التلف نتيجة أمر لا صلة له بالكف لكنه من ناحية الديانة يأثم لقدرته على حفظ نفس غيره[(٢)] وعند المالكية[(٣)]، والأباضية[(٤)]. ووجه عند الحنابلة[(٥)] أنه يضمن؛ لأنه ترك واجبًا عليه هو المحافظة على نفس المسلم مع قدرته على ذلك، ومن ترك واجبًا فترتب على تركه ضرر مباشر ضمن[(٦)]، وأما ابن حزم فقد فصَّل في المسألة بين علم

---

(١) انظر: الفروق ٢/٢٠٧، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ٢/١١٠، ١١١، مواهب الجليل للحطاب ٣/٢٢٤، ٢٢٥، شرح مختصر خليل للخرشي ٣/٢٠، ٢١، الضمان لعلي الخفيف ص ٣٤، الموسوعة الفقهية الكويتية ١١/٢٠٣.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٧/١٦٤، تبيين الحقائق للزيلعي ٦/١٤٣، الاختيار لتعليل المختار للموصلي ٤/١٧٥، قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ٢/١٦٤، نهاية المحتاج ٥/١٥١، مغني المحتاج للشربيني ٤/٣٠٩، المغني ٧/٨٣٤، ٨٣٥ كشاف القناع للبهوتي ٢/٣٦٤.

(٣) انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/١١٢، ٤/٢٤٢.

(٤) انظر: شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ٥/٩٩ – ١٠٠.

(٥) انظر: القواعد والفوائد الأصولية للبعلي ص٩٣.

(٦) انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/١١٢، ٤/٢٤٢، القواعد والفوائد الأصولية للبعلي ص ٩٣.

المنقذ بأن تركه فعل الإنقاذ يؤدي إلى موت المضطر حتما وبين عدم العلم؛ فاعتبر أن الحالة الأول من باب القتل العمد؛ فيجب فيها القود، والثانية من باب القتل الخطأ، فتجب فيها الكفارة وعلى العاقلة الدية[١].

ولهذه القاعدة أثر في العبادات في باب الزكاة، وذلك في حالة وجوب الزكاة على شخص فلم يزك بعد التمكن من الأداء وترك مال الزكاة وفرط في حفظه حتى تلف، فقد ذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى أنه يضمن الزكاة[٢].

والقول بأن «الترك فعل يوجب الضمان» ومثلها القاعدة المتفرعة عنها «من ترك واجبًا في الصون ضمن» تعدان من القواعد الخادمة لنظرية الضمان في الفقه الإسلامي؛ فإنهما تنصان على وجوب الضمان عند التخلي عن التبعة الملقاة على الإنسان شرعًا في صيانة الأموال والأنفس، كما أنهما تشيران إلى وجوب الضمان بمجرد الإهمال أو الترك مع القدرة على الحفظ إذا أدى ذلك إلى التلف، أو الضرر[٣].

أدلة القاعدة:

استدل القائلون بأن الترك فعل في باب الضمان بما يلي:

١- عن الحسن أن رجلاً استسقى على باب قوم فأبوا أن يسقوه، فأدركه العطش فمات، فضمنهم عمر ديته[٤]. ووجه الدلالة: أن القوم تركوا سقاية الرجل، فترتب على هذا الترك موت الرجل، فألزمهم عمر رضي الله عنه ديته كما لو قتلوه بأيديهم.

---

(١) المحلى ١١/١٨٦-١٨٧.

(٢) انظر: حاشية الدسوقي ١/٥٠٣، حاشية القليوبي على شرح المنهاج ٢/٤٦، المغني ٢/٦٨٦.

(٣) انظر: القواعد والضوابط الفقهية لعلي الندوي ١/٣٥٣.

(٤) رواه ابن أبي شيبة في المصنف ١٤/٢٩٥.

٢- دليل عقلي، وهو: أن صون مال المسلم ونفسه واجبان على القادر فمن ترك هذا الواجب فترتب على الترك نلف مباشر فإنه يضمن[١].

٣- دليل عقلي آخر، وهو: أن الترك مع القدرة على الفعل أحد صور التفريط، والتفريط نوع من أنواع الإتلاف الذي هو من أسباب الضمان[٢].

٤- دليل آخر، وهو: أن الترك وإن لم يكن إتلافا حقيقة إلا أنه إتلاف معنى؛ لأن ما يترتب على ترك الفعل من تلف أو ضرر يدخل في مفهوم التسبب المقرون بالتعدي، فهو موجب للضمان كما تقرره القاعدة الفقهية «المباشر ضامن، وإن لم يتعد والمتسبب لا إلا إذا كان متعديًا».

واستدل القائلون بعدم وجوب الضمان بالترك بما يلي:

١- دليل عقلي، وهو: أن ترك الفعل إذا تسبب عنه تلف مال أو نفس فلا ضمان بسببه؛ لعدم المباشرة؛ لأن المباشرة إنما تتحقق إذا كان هناك اتصال بين الفعل الضار ومحل الضرر كما في اتصال آلة الإتلاف بالشيء المتلف وهذا إنما يتصور في الفعل الحسي وترك الفعل هنا لم يؤد إلى فعل كان من نتيجته التلف، وإنما كان التلف نتيجة أمر لا صلة له بالترك[٣].

٢- دليل عقلي آخر، وهو: أن الترك لا يعد تسببا؛ لأن التسبب يتحقق إذا كان التلف نتيجة فعل أدى إليه فعل سابق عليه هيأ له وجوده وترتب

---

(١) انظر: الضمان لعلي الخفيف ص ٦٤.

(٢) انظر: القواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي لحمد الهاجري ١/١٩١.

(٣) انظر: الضمان لعلي الخفيف ص ٣٤.

الضرر عليه مع بقاء نسبته إليه والترك لا يؤدي إلى فعل يكون من نتيجته التلف وإنما يكون التلف نتيجة أمر لا صلة له بالترك[١].

٣- أن مناط التضمين هو الإتلاف وهو يتحقق بإحداث ما يترتب عليه التلف ولا يكون ذلك إلا بفعل وجودي، أما العدم فلا يصلح متلفا، والترك عدم، فلا يترتب عليه ضمان[٢].

تطبيقات القاعدة :

١- من عنده ماء فيه فضل عن سقي زرعه ولجاره زرع ولا ماء له إذا منع منه الماء حتى هلك زرعه، فإنه يضمن عند القائلين بأن الترك فعل في باب الضمان ولا يضمن عند القائلين بعدم وجوب الضمان بالترك[٣].

٢- إذا رأى المودع عنده إنسانا يسرق الوديعة فتركه يسرق وهو قادر على منعه فإنه يضمن[٤]؛ لأن من ترك واجبًا في الصون ضمن.

٣- الناظر على مال اليتيم إذا عطّل أملاكه فترك حفظها، فلم يؤجر دوره مثلاً حتى فات الانتفاع بثمن إيجارها زمنًا، أو ترك الأرض حتى تبوّرت، فإنه في قول: يضمن ما تلف منها؛ لأن من ترك واجبا فترتب عليه ضرر مباشر ضمن والقول الآخر: لا يضمن[٥].

٤- لو أن رجلاً وجد آخر يسبح في الماء وأوشك على الغرق، ويستطيع

(١) انظر: المرجع السابق.
(٢) انظر: الضمان لعلي الخفيف ص ٦٥.
(٣) انظر: السابق.
(٤) انظر: بدائع الصنائع ٦/٢١١، القواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي ١/١٩١.
(٥) انظر: إيضاح المسالك للونشريسي ص ٨٢، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المنهج للمنجور ١/٢٣٠، ٢٣٢.

أن ينقذه دون مضرة عليه؛ فتركه حتى غرق، فعلى أن الترك كالفعل في الضمان فإنه يضمن ديته، وعلى أن الترك ليس بفعل في الضمان فإنه لا يضمن[١].

٥- عند القائلين بأن الترك فعل يوجب الضمان: إذا وجد الطبيب مصابا في حادث مثلاً فامتنع من إجراء الجراحة له إلا بعد أخذ أجرته، فمات المصاب، فعليه الدية[٢]؛ لأن الترك كالفعل في باب الضمان.

٦- لو ترك رجل سقي دابة غيره أو علفها مدة لا تصبر عليها في العادة فماتت به فإنه يضمن[٣]؛ لأن الترك فعل في باب الضمان.

٧- لو رأى شخص سارقا وأمكنه تخليص الشيء المسروق فلم يفعل ولم يبلغ صاحب المال أو من يقوم مقامه فإنه يأثم بتفريطه في تخليص المال، وعليه ضمان الشيء المسروق عند من يرون أن الترك فعل[٤].

٨- إذا ترك مالك البناء إصلاح وترميم بيته المؤجر فانهدم وتلف بسبب ذلك أرواح أو أموال فإنه يضمنها، لأن من ترك واجبا فترتب عليه ضرر ضمن[٥].

٩- إذا حوصرت دولة مسلمة ومُنع عنها الطعام والشراب وكل ما هو

---

(١) القواعد والفوائد الأصولية للبعلي ١/ ٦٣.

(٢) انظر: إيضاح المسالك ص ٨٢، شرح المنهج المنتخب ١/ ٢٣٠، ٢٣٢، القواعد والفوائد الأصولية ١/ ٦٣.

(٣) انظر: قواعد الأحكام في معرفة الحلال والحرام للحلي ٢/ ١٨٧ تحقيق ونشر: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم - الطبعة الأولى - ربيع الثاني ١٤١٣هـ.

(٤) انظر: شرح الخرشي ٣/ ٢١.

(٥) انظر: القواعد والضوابط الفقهية للندوي ١/ ٣٥٤، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي لمحمد أحمد السراج ص ٦٠٦.

ضروري فلا يجوز لدولة مسلمة أخرى تقدر على عونهم أن تترك مساعدتهم وإغاثتهم، فإذا تركوا عونهم وتلفت أرواح وأموال بهذا الحصار فإنهم يأثمون، وعليهم الضمان عند القائلين بأن الترك كالفعل في باب الضمان؛ لأن حفظ الأنفس والأموال واجبة، ومن ترك واجبا فترتب عليه ضرر مباشر فإنه يضمن.

فتحي السروية

* * *

رقم القاعدة: ٨٥٩

نص القاعدة: الضَّمَانُ لا يَجِبُ إِلا بِالْقَبْضِ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- لا ضمان إلا بالقبض[٢].
٢- الضمان إنما يجب بالقبض[٣].
٣- الضمان لا ينتقل إلا بالقبض[٤].
٤- ما لم يوجد القبض لا يجب الضمان[٥].
٥- القبض سبب لوجوب الضمان[٦].
٦- القبض شرط في انتقال الضمان[٧].
٧- هل اللازم في الضمان القبض أو يكتفى بمجرد الصيغة[٨]؟

---

(١) المبسوط للسرخسي ٢٤/١٣ وفي لفظ: "الضمان يتعلق بالقبض" الجوهرة النيرة للعبادي ٢٣٧/١.
(٢) منح الجليل لمحمد عليش ٦٥/٥.
(٣) البحر الرائق لابن نجيم ٣٢٣/٨.
(٤) شرح الزركشي على مختصر الخرقي ٢٤٨/٢.
(٥) بدائع الصنائع للكاساني ٢١٠/٤ وفي لفظ: لا يثبت الضمان بدون القبض انظر: بدائع الصنائع ١٧٠/٦ وفي لفظ آخر: "الضمان حكم يثبت بالقبض" المبسوط ٤٢/١٤ وفي لفظ آخر: الضمان يلزم بالقبض انظر: المبسوط ٢٠/١٤.
(٦) بدائع الصنائع ٢١٣/٧، ٢١٩ وبنحوه في البحر الزخار لأحمد بن المرتضى ٦٢/٤.
(٧) شرح النيل ٢٩٦/٩.
(٨) القواعد الفقهية للشيرازي ٢٢٧/٢ وفي لفظ آخر: "هل يعتبر القبض في الضمان"؟ المصدر نفسه.

قواعد ذات علاقة :

١- القبض الفاسد كالصحيح في اقتضاء الضمان[١]. (متكاملة).

٢- المبيع إنما يصير في ضمان المشتري بالقبض[٢]. (أخص).

٣- قبض كل شيء بحسبه على ما جرت العادة فيه[٣]. (متكاملة).

٤- على اليد ما أخذت حتى تؤديه[٤]. (متكاملة).

شرح القاعدة :

الضمان يأتي في اللغة بمعانٍ، منها: الالتزام والتغريم[٥]، والمراد به في هذه القاعدة الضمان المالي، وقد عرفه الفقهاء بتعريفات متعددة، منها: «التزام بتعويض مالي عن ضرر للغير»[٦].

والقبض أيضًا يستعمل لغة بمعانٍ، منها تناول الشيء بجميع الكف، ومنه قبض السيف وغيره، ويقال: قبض المالَ، أي أخذه.

ويستعار القبض لتحصيل الشيء وإن لم يكن فيه مراعاة الكف، نحو: قبضت الدار والأرض من فلان: أي حزتها، ويقال: هذا الشيء في قبضة فلان، أي في ملكه وتصرفه.

---

(١) روضة الطالبين للنووي ٤/٨٩.

(٢) الذخيرة لابن مازه ١/٤٨٦، مختصر الجصاص ٤/٩١ وبنحوه في التنبيه للشيرازي ص ٨٧.

(٣) شرح الزركشي على متن الخرقي ٢/١٠٨.

(٤) حديث نبوي رواه أبو داود ٤/٢٠٢ (٣٥٥٦)، والترمذي ٣/٥٦٦ (١٢٦٦)، والنسائي في الكبرى ٥/٣٣٣ (٥٧٥١)، وابن ماجه ٢/٨٠٢ (٢٤٠٠) من حديث الحسن عن سمرة، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

(٥) انظر: المصباح المنير ص ١٣٨، القاموس المحيط، تاج العروس، مادة "ضمن".

(٦) المدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقا ٢/١٠٣٢ وانظر: نظرية الضمان لوهبة الزحيلي ص ١٤- ١٥، القواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي للهاجري ١/٥٤ – ٦٢.

وفي الاصطلاح: هو حيازة الشيء والتمكن منه، سواء أكان مما يمكن تناوله باليد أم لم يمكن[١].

والقبض المعتبر شرعًا يختلف من شيء إلى آخر، والمرجع في ذلك إلى العرف، كما نصت على ذلك القاعدة القائلة: «قبض كل شيء بحسبه على ما جرت العادة فيه».

وينقسم الضمان - بالنظر إلى أسبابه - إلى ثلاثة أنواع:

١- ضمان اليد، وهو الضمان الناشئ عن وضع اليد على حق الغير بلا مسوغ مشروع، كالغصب والسرقة.

٢- ضمان الإتلاف: وهو الناشئ عن إتلاف حق الغير تعديًا.

٣- ضمان العقد، وهو الضمان الناشئ عن حدوث خلل في مقتضى العقد، أو ما اتفق عليه العاقدان من الشروط الجائزة، فمقتضى عقد البيع - مثلاً - تسليم المبيع للمشتري، وتسليم الثمن للبائع، وسلامة العوضين من العيب، فإن حدث خلل في شيء من ذلك وجب الضمان على صاحبه[٢]. وهذا النوع الأخير هو الذي تتعلق به هذه القاعدة.

والمراد بالضمان الذي ينتقل إلى القابض هو تحمل تبعة الهلاك أو النقصان أو التعييب الذي يطرأ على المقبوض في أحد عقود الضمان، مثل عقد البيع، والقسمة، والصلح عن مال بمال، والمخارجة[٣]، والقرض، وعقد الزواج، والمخالعة[٤].

---

(١) انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية - والمصادر المذكورة فيها - ٢٥٧/٣٢.

(٢) انظر: الضمان في الفقه الإسلامي لعلي الخفيف ١/١٦- ١٧، نظرية الضمان لوهبة الزحيلي ص ٦٣ - ٦٥، القواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي للهاجري ١/٨٨ فما بعدها.

(٣) المخارجة - أو التخارج - هي أن يصطلح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث بمال معلوم انظر: العناية شرح الهداية للبابرتي ٤٣٩/٨.

(٤) انظر: الموسوعة الفقهية ٢٣٥/٢٨، ٢٩٢/٣٢.

ومعنى القاعدة أن الضمان -باعتباره أثرا لازما لأحكام العقود - لا يجب إلا بقبض المعقود عليه قبضا صحيحا مقصودا، بحيث يكون لقابض الشيء سلطة تمكنه من تحصيل الآثار الشرعية[١]. التي يرتبها العقد الذي هو سبب الضمان.

واتفق الفقهاء على أن المعقود عليه إذا تم قبضه قبضًا صحيحًا فقد انتقل الضمان إلى القابض، فلا يترتب على تعيبه أو هلاكه بعد القبض أي أثر شرعي.

واتفقوا أيضًا على أن المعقود عليه إذا كان فيه حق التوفية[٢] ينتقل الضمان فيه بالقبض كما اتفقوا على أن الفاسد لا ينتقل ضمانه إلا بالقبض[٣].

واختلفوا في انتقال الضمان في العقود الصحيحة - إذا لم يكن المعقود عليه مما فيه حق التوفية – على قولين:

الأول: إن الضمان لا ينتقل بمجرد العقد، بل لا بد من القبض الصحيح وهو قول الحنفية – في غير العقار - والشافعية، ورواية عند الحنابلة والزيدية والإمامية[٤].

---

(١) انظر: نظرية الضمان الشخصي لمحمد بن إبراهيم الموسى ص ٣٨ نشر مكتبة العبيكان ١٤١٩هـ/ ١٩٩٩م.

(٢) وهو حق يتعلق بالمعقود عليه المثليّ لا يتم قبضه وإقباضه إلا به كوزن الموزون وكيل المكيل وعدّ المعدود انظر: الشرح الصغير ١٩٦/٣، الموسوعة الفقهية ٢٨/٧، ٦٣/٩، ٢٤٢/٣٠.

(٣) انظر: بالإضافة إلى مصادر صيغة القاعدة والصيغ الأخرى بلغة السالك ١٩٨/٣، الذخيرة ١٢١/٥-١٢٢، شرح الخرشي ٥٤/٧، المهذب ٤٠٥/١، الوسيط ١٤٣/٣، المغني ٨٥/٤، كشاف القناع ٢٤٥/٣، مطالب أولي النهى ٥٠٢/٣، الموسوعة الفقهية ٥٨/٩ و٢٤٠/٢٨.

(٤) على خلاف بينهم في كيفية القبض: هل يتحقق بمجرد التخلية - كما ذهب إليه الحنفية، وهو قول عند الشافعية، ورواية عند الحنابلة - أو أن القبض لا يحصل إلا بالنقل، كما هو المشهور من المذهب عند الشافعية والحنابلة انظر: بدائع الصنائع ٢٣٨/٥، روضة الطالبين ٥٠١/٣، ٥١٧ – ٥٢٠، المغني ٨٥/٤، قواعد ابن رجب ص ٦٢، الإنصاف ٤٦٧/٤ ٤٦٩- ٤٧٠، البحر الزخار لابن المرتضى ٣٦٨/٤، التاج المذهب للعنسي ٤٤٢/٢، شرائع الإسلام للحلي ١٧/٢، قواعد الإمامية إعداد لجنة الحوزة ٦٥٧/٢، القواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي للهاجري ٢٥٩/١ – ٢٦١.

والثاني: إن الضمان يجب بمجرد العقد، ولا يحتاج إلى القبض، وهو قول المالكية، والمذهب عند الحنابلة، والظاهرية[١].

فبناءً على ما تقدم إن صيغة القاعدة تعبر عن مذهب ذلك الفريق من الفقهاء الذين يرون أن ضمان المعقود عليه مطلقًا لا ينتقل إلى الطرف الآخر إلا بالقبض وعلى ذلك فلو هلك المعقود عليه، كالمبيع مثلاً، بآفة سماوية قبل القبض فإن البيع ينفسخ عند أصحاب القول الأول ولا ينفسخ عند أصحاب القول الثاني، بل ينتقل الضمان إلى المشتري، إلا فيما استثني أما لو هلك بفعل متلف: فإن كان المتلف أجنبيًّا وجب عليه الضمان عند الجميع - على اختلاف بينهم في كيفية ضمانه - وكذلك إن كان التلف بفعل المشتري وجب عليه الضمان أما على القول الثاني فلأنه في ضمانه، وأما على القول الأول فلأن إتلاف المشتري للمبيع في حكم قبضه له وإن حصل التلف بفعل البائع قبل القبض انفسخ العقد عند أصحاب القول الأول، ولا ينفسخ عند أصحاب القول الثاني، بل يجب عليه الضمان للمشتري[٢].

هذا كله إذا تلف كل المعقود عليه، أما لو هلك بعضه أو تعيَّب، فإن العقد ينفسخ في القدر التالف، ويثبت خيار الفسخ للطرف الآخر بالتعيُّب عند أصحاب القول الأول مطلقًا، وكذلك عند أصحاب القول الثاني إذا كان المعقود

---

(١) انظر: - بالإضافة إلى مصادر الحنابلة السابقة - التمهيد لابن عبد البر ١٣/١٨، القوانين الفقهية لابن جزي ص ١٦٤، التاج والإكليل ٤/٣٨٠، المحلى ٧/٢٧١ مسألة ١٤٢٢.

وتجدر الإشارة إلى أن المالكية استثنوا من انتقال الضمان بمجرد العقد - بالإضافة إلى العقد الفاسد، وما فيه حق التوفية - بيع الغائب على الصفة، وما بيع على الخيار، وما بيع من الثمار قبل كمال طيبها، فإن ضمان هذه الأشياء يكون بالقبض لا بمجرد العقد انظر: القوانين الفقهية ص ١٦٤.

(٢) انظر: تحفة الفقهاء للسمرقندي ٢/٥٦، بدائع الصنائع ٥/٢٣٨، الوسيط للغزالي ٣/١٤٣، روضة الطالبين ٣/٤٦٦، ٥٠٠، حاشية القليوبي ٢/٢١٠ - ٢١١، الشرح الكبير للدردير ٣/١٤٦، شرح صحيح البخاري لابن بطال ٦/٢٦٤، المغني ٤/٨٣ - ٨٤، مجموع الفتاوى ٢٩/٤٠٤-٤٠٥، الإنصاف ٤/٤٦٦، كشاف القناع ٣/٢٤٢، الموسوعة الفقهية الكويتية ٧/٢٨، ١٣/٢٧١.

عليه مما لا ينتقل ضمانه إلا بالقبض، إما إذا كان مما ينتقل ضمانه بمجرد العقد – وهو ما لا يكون فيه حق التوفية – فإن مصيبته تكون عندهم ممن انتقل الضمان إليه[١].

ومجمل القول هو أن انتقال الضمان - وما يترتب عليه من أحكام – يكون عند الحنفية والشافعية - ومن وافقهما- في جميع الأشياء مطلقًا بالقبض لا بمجرد العقد، وكذلك عند المالكية والحنابلة إذا كان المعقود عليه مما فيه حق التوفية أما ما ليس فيه حق التوفية فإن ضمانه ينتقل عندهما بمجرد العقد.

ومن ثمرات الخلاف في هذه القاعدة أيضًا أن أصحاب القول الأول منعوا بيع المبيع قبل قبضه في الجملة[٢]؛ لأنه يؤدي إلى ربح ما لم يضمن، وقد نهى النبي ﷺ عن ربح ما لم يضمن[٣].

وأخيرًا ينبغي التنبيه هنا إلى أن عامة كلام الفقهاء على هذه القاعدة جاء في بيان ضمان المبيع، ولكن لا يخفى أن سائر عقود الضمان أيضًا في حكم البيع، وعليه فإن إن مجال إعمال القاعدة يعم جميع عقود الضمان[٤].

أدلة القاعدة:

أولاً – أدلة القول الأول (الضمان لا ينتقل مطلقًا إلا بالقبض):

١– عن ابن عباس –رضي الله عنهما – أن النبي ﷺ قال: «من ابتاع طعاما

---

(١) انظر:بدائع الصنائع ٥/٢٣٨ – ٢٣٩، الشرح الصغير مع حاشية الصاوي عليه ٣/١٩٥ فما بعدها، الوسيط ٣/١٤٥، المغني ٤/٨٤ – ٨٥.

(٢) واستثنى الحنفية من عدم الجواز بيع ما لا ينقل ولا يحوَّل قبل قبضه.

(٣) انظر: الحاوي الكبير للماوردي ٥/٢٢٠.
والحديث رواه أحمد ١١/٢٠٣(٦٦٢٨) وفي مواضع أخر، وأبو داود ٤/١٨٢ (٣٤٩٨)، والترمذي ٣/٥٣٥– ٥٣٦ (١٢٣٤)، والنسائي ٧/٢٩٥ (٤٦٣١)، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

(٤) انظر: قواعد ابن رجب (القاعدة الثالثة والأربعون): فيما يضمن من الأعيان بالعقد أو باليد ص٥٥ فما بعدها، القواعد الفقهية للشيرازي ٢/٣٥٥.

فلا يبعه حتى يقبضه» وفي لفظ: «حتى يكتاله»[١]، وفي لفظ آخر: «حتى يستوفيه»[٢] - قال ابن عباس: ولا أحسب كل شيء إلا مثله[٣].
وقوله ﷺ: «لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن»[٤].

وجه الدلالة من الحديثين هو أن النبي ﷺ نهى في الحديث الأول عن بيع الشيء قبل قبضه؛ وفي الثاني عن ربح ما لم يضمن – ولم يفرق بين ما فيه حق التوفية وما ليس فيه - والمراد به ربح ما بيع قبل قبضه[٥]، فدل ذلك على أن الضمان لا ينتقل إلا بالقبض[٦].

٢- لأن التسليم واجب على البائع؛ لأنه في يده، فإذا تعذر بتلفه، انفسخ العقد، كالمكيل، والموزون، والمعدود[٧].

٣- لأنه قبض مستحق بالعقد، فإذا تعذر انفسخ البيع، كما لو تفرقا قبل القبض في الصرف[٨].

---

(١) رواه البخاري ٦٨/٣ (٢١٣٢)، ومسلم ١١٦٠/٣، ١٥٢٥/٣١ من حديث ابن عباس رضي الله عنهما، ورواه مسلم ١١٦٢/٣ (١٥٢٨)/٣٩ من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.
(٢) رواه البخاري ٦٧/٣ (٢١٢٦)، ومسلم ١١٦٠/٣ (١٥٢٦) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما، ورواه البخاري ٦٨/٣ (٢١٣٢)، ومسلم ١١٥٩/٣ (١٥٢٥) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.
(٣) رواه البخاري ٦٨/٣ (٢١٣٥)، ومسلم ١١٦٠/٣ ١٥٢٥/٣٠ من حديث ابن عباس رضي الله عنهما، ورواه البخاري ٦٨/٣ (٢١٣٣)، ومسلم ١١٦١/٣، ١٥٢٦/٣٥ من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.
(٤) رواه أحمد ٢٠٣/١١(٦٦٢٨) وفي مواضع أخر، وأبو داود ١٨٢/٤ (٣٤٩٨)، والترمذي ٥٣٥/٣-٥٣٦ (١٢٣٤)، والنسائي ٢٩٥/٧ (٤٦٣١)، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.
(٥) انظر: كشاف القناع ٢٤٢/٣.
(٦) انظر: شرح معاني الآثار ٤٠/٤، الحاوي الكبير للماوردي ٢٢٠/٥، شرح صحيح البخاري لابن بطال ٢٦٣/٦، الاستذكار ٣٧٤/٦، ٤٣٨، بداية المجتهد ١٠٩/٢، نيل الأوطار ١٨٠/٥، الموسوعة الفقهية ٢١٧/١٣، القواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي ٢٦١/١، ٢٦٦.
(٧) المغني ٥٨/٤.
(٨) الشرح الكبير للرافعي ٣٩٨/٨.

ثانيًا - أدلة القول الثاني(الضمان – إذا لم يكن في المعقود عليه حق التوفية – ينتقل بمجرد العقد قبل القبض).

١- حديث عائشة – رضي الله عنها – مرفوعًا: «الخراج بالضمان»[(١)].

فقد جعل ﷺ الخراج بالضمان فلو كان مضمونًا على البائع لكان خراجه له وليس كذلك اتفاقًا، بل نماؤه للمشتري فكان مضمونًا عليه[(٢)].

٢- قال ابن عمر رضي الله عنه: «ما أدركت الصفقة حيًّا مجموعًا[(٣)] فهو من المبتاع»[(٤)]. فهذا الأثر صريح في أن المبيع الحي المجموع المتعين يكون من ضمان المشتري[(٥)].

٣- لأنه لا يتعلق به حق توفية، وهو من ضمانه بعد قبضه، فكان من ضمانه قبله، كالميراث[(٦)].

٤- إذا تمكن المشتري من القبض ولم يقبض، كان هو المفرِّط في حق نفسه، «وإحالة الضمان على المفرط أولى من إحالته على من قام بما يجب عليه ولم يفرط؛ ولهذا اتفقوا على مثل ذلك في الإجارة؛ فإن

---

(١) رواه أحمد ٢٧٢/٤٠ (٢٤٢٢٤)، وأبو داود ١٨٣/٤ (٣٥٠٢)، والترمذي ٥٨٢/٣ (١٢٨٦)، والنسائي ٢٥٤/٧ (٤٤٩٠)، وابن ماجه ٧٥٤/٢ (٢٢٤٣) من حديث عائشة رضي الله عنها، وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح غريب.

(٢) انظر: الذخيرة للقرافي ١٢١/٥، المغني لابن قدامة ٨٥/٤.

(٣) مجموعًا: أي لم يتغير عن حالته فتح الباري ٣٣٢/٤ قال ابن عثيمين – رحمه الله تعالى: "يعني ما أدركته الصفقة غير محتاج إلى أن يستوفى فضمانه من المشتري" الشرح الممتع ٣٨١/٨.

(٤) علقه البخاري في صحيحه ٦٩/٣ بصيغة الجزم، ووصله الطحاوي في شرح معاني الآثار ١٦/٤ (٥٥٣٧)، والدارقطني في سننه ٦/٤ (٣٠٠٦).

(٥) انظر: المغني ٨٥/٤، مجموع فتاوى ابن تيمية ٤٠٤/٢٩، الشرح الممتع ٣٨١/٨.

(٦) المغني ٨٥/٤.

المستأجر لو فرط في استيفاء المنافع حتى تلفت كانت من ضمانه ولو تلفت بغير تفريط كانت من ضمان المؤجر»[١].

تطبيقات القاعدة :

١- إذا هلك المبيع في يد المشتري بعد قبضه هلك من ماله وعلى حسابه ولزمه الثمن ولا يطالب البائع بشيء، بخلاف ما لو هلك قبل القبض فالهلاك على البائع؛ لأن الضمان لا يجب إلا بالقبض[٢].

٢- إذا قبض كل شريك نصيبه بعد القسمة، فقد ملكه مستقلا يخوِّله مكنة التصرف المطلق فيه، فإذا هلك فإنه على ضمانه، بخلاف ما لو هلك أو تعيب قبل القبض فإن الضمان يكون على كافة الشركاء بحسب نسبهم في رأس المال[٣]، بناءً على مقتضى هذه القاعدة.

٣- لو أن أحد الورثة اتفق على المخارجة وهلك بدلها قبل القبض، فإن الهلاك يكون على التركة، بخلاف ما لو هلك بعد أن قبضه المخارج على سبيل التملك والاستحقاق فإنه من حسابه الخاص دون باقي الورثة[٤].

٤- لو هلك مهر المرأة في يد الزوج قبل تسليمه لها تسليمًا يفيد الملك والاستحقاق، فإنه يهلك على حساب الزوج[٥]؛ وكذلك لوحدث به عيب فاحش بسبب سماوي، ثبتت لها الخيار إن شاءت رجعت بقيمة

---

(١) مجموع الفتاوى ٢٣٩/٣٠.

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي ١٧٤/٢، بدائع الصنائع للكاساني ٢٤٠/٥، الأم ٥/٣.

(٣) انظر: نظرية الضمان لمحمد فوزي فيض الله ص ٣٩.

(٤) انظر: الموسوعة الفقهية ٢٤٥/٢٨، نظرية الضمان لمحمد فوزي فيض الله ص ٤٦.

(٥) انظر: المنثور للزركشي ٥٠١/٣.

الصداق يوم تزوجها على الزوج وإن شاءت أخذت المعيب لأن الضمان مضمون عليه بالعقد[١] ويجري فيه خلاف أصحاب القول الثاني[٢].

٥- لو أن امرأة خالعت زوجها على عين معينة، وهلكت العين قبل الدفع إلى الزوج: وحب الضمان على الزوج - على خلاف بينهم فيما يضمن به[٣] - ويجري فيه خلاف أصحاب القول الثاني[٤].

٦- إذا تصالح شخص مع آخر على مال في حق من الحقوق وهلك بدل الصلح قبل القبض، فإنه لا يكون من ضمانه، بخلاف ما لو هلك بعد القبض فهو من حسابه دون غيره[٥]؛ لأنه لا ضمان إلا بالقبض.

٧- لو أن شخصًا اقترض من آخر مالا فهلك بعد قبضه هلك على المقترض؛ لأنه بالقبض دخل ملكه، بخلاف ما لو هلك بعد العقد وقبل القبض فإنه يكون من ضمان المقرض[٦]؛ لأن الضمان إنما يجب بالقبض.

د. محمد خالد عبد الهادي هدايت

* * *

---

(١) انظر: المبسوط ٥/٧٤.

(٢) انظر: الموسوعة الفقهية ٣٢/٢٩٥، وراجع أيضًا: قواعد ابن رجب ٤/٨٠، كشاف القناع ٥/١٤٣، حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير ٢/٢٩٥.

(٣) انظر: الدر المختار ٢/٥١٦.

(٤) انظر: المغني ٧/٣٣٧، الموسوعة الفقهية ١٩/٢٤٠.

(٥) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٦/٥٥، البحر الرائق ٧/٢٥٧، الموسوعة الفقهية ٢٨/٢٤٥.

(٦) انظر: مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٣/٣٥، المغني لابن قدامة ٤/٢٠٧، درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٣/٣٦٤.

رقم القاعدة: ٨٦٠

نص القاعدة: الغَارُّ ضَامِنٌ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- الغُرُور يوجِب الضمان[٢].

٢- المغرور يرجع على الغار بما غره[٣].

٣- للمغرور أن يدفع الضرر عن نفسه بالرجوع على الغار[٤].

٤- كل غار لزم المغرور بسببه غرم رجع به عليه[٥].

٥- الغرورُ سببٌ في الضمان[٦].

---

(١) الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٥/٤١٣، النكت والفوائد السنية على مشكل المحرر لابن مفلح ١/٢٩١.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ٤/١٩٠، العناية شرح الهداية للبابرتي ٩/٤٩.

(٣) قواعد الفقه للمجددي ص ١٢٦، شرح السير الكبير للسرخسي ٥/٢١١٩، فتح العزيز للرافعي ١١/٦٥ ووردت في المبسوط للسرخسي ١١/٨١، وحاشية الشلبي على تبيين الحقائق ٦/٨٣، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٢/٨١٥ بلفظ: "المغرور يرجع على الغار بما يلحقه منه الضمان" ووردت في مجمع الأنهر لشيخي زاده ١/٧٦١ بلفظ: "المغرور يرجع على الغار بالبدل".

(٤) المبسوط للسرخسي ١١/١٤١، عمدة الرعاية للكنوي ٨/٤٧٤.

(٥) الأم للشافعي ٦/٢٧١.

(٦) نهاية المطلب للجويني ١٨/٨٤.

٦- الغار يضمن للمغرور ما تضرر بسبب تغريره له[١].

٧- المغرور يُغَرِّم الغار[٢].

قواعد ذات علاقة :

١- المتسبب إذا كان متعديا في تسببه كان ضامنا[٣]. (أعم).

٢- الغرور في العقود من أسباب وجوب الضمان[٤]. (أخص).

٣- مجرد الغرور بالقول هل يلزم به غرم أم لا؟[٥]. (أخص من أحد شطري القاعدة).

شرح القاعدة :

الغُرُورُ في اللغة: من غَرَّهُ يَغُره غَرًّا وغُرُورًا وغِرَّةً، بالكسر، فهو مَغْرُورٌ وغَرِيرٌ: خَدَعَهُ، وأطْمَعَهُ بالباطِلِ[٦].

وأما في الاصطلاح فقد عرفه العلماء بتعاريف شتى، منها: «إخفاء الخدعة في صورة النصيحة»[٧]، وهو لا يخرج عن التعريف اللغوي.

وعرفه الزرقا بقوله: الإغراء بوسيلة قولية أو فعلية كاذبة لترغيب أحد

---

(١) شرح القواعد الفقهية للزرقا ص١٨٠.

(٢) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار ص ٨٩٣.

(٣) المبسوط للسرخسي ١٨٨/٤.

(٤) بدائع الصنائع للكاساني ٩٧/٦.

(٥) البيان والتحصيل لابن رشد ١٦٥/١١، التاج والإكليل للمواق ٥٨٨/٤.

(٦) انظر: المحكم والمحيط الأعظم لابن سيده ٣٦٠/٥، القاموس المحيط للفيروزآبادي ص٤٤٩، مختار الصحاح للرازي ص٢٢٥.

(٧) التوقيف على مهمات التعاريف للمناوي ص٢٥١.

المتعاقدين في العقد وحمله عليه[١]، وهذا التعريف ورد في سياق الغرور في العقود، فكان مقصورا عليها، دون غيرها.

وعرفه الشيخ علي الخفيف بقوله: «الحمل على قبول ما لا خير فيه بوسيلة كاذبة مضللة ترغب فيه بزعم أن فيه المصلحة، ولو عُرفت حقيقته ما قبل»[٢]؛ وهو أوعب التعاريف، وذلك لأنه شامل لكل أنواع الغرور التي تؤثر على إرادة الغير وتقنعه بسلوك مسلك يؤدي إلى الإضرار به.

ومن الجدير بالذكر أن بعض الفقهاء قد يستخدم الغرر مكان الغرور، ومن ذلك قول الشيخ الدردير: «لا أثر للغرر القولي»[٣]. أي في إيجاب الضمان، يريد الغرور، بل منهم من عرف أحدهما بما عُرِّف به الآخر؛ قال ابن عرفة: «الغرور: ما رأيت له ظاهرا تحبه، وفيه باطن مكروه أو مجهول»[٤]، وقال القرافي: «أصل الغرر لغة: قال القاضي عياض رحمه الله: هو ما له ظاهر محبوب، وباطن مكروه»[٥]، إلا أن عامة الفقهاء يفرقون بينهما في الاستعمال، **ومن الفروق الجلية بينهما:**

١- من حيث المعنى: فإن الغُرور أصله الخديعة، فهو يكون نتيجة قول أو فعل من شخص ليخدع به آخر في أمر ما، وأما الغَرر فهو «ما كان مجهول

---

(١) المدخل الفقهي العام للزرقا ٤٦٣/١ وبنحوه عرفه الدكتور نزيه حماد في معجم المصطلحات المالية ص١٤٣ فقال: هو «عبارة عن إظهار الشيء بمظهر غير حقيقي مع إعطائه صفة ليست له لكي يستثير رغبة الطرف الآخر فيقدم على إبرام العقد» وقد نسب بعض الباحثين هذا التعريف إلى المجلة العدلية، وهو ليس فيها.

(٢) الضمان لعلي الخفيف ص١٥٠.

(٣) الشرح الكبير للدردير ٢٥/٤ وانظر: الشرح الصغير للدردير ٤٤/٤، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣٣٣/٣.

(٤) تفسير القرطبي ٣٠٢/٤.

(٥) الفروق للقرافي ٢٦٦/٣.

العاقبة، لا يدرى أيكون أم لا»[١]، فلا خديعة فيه من أحد المتعاقدين، بل كلاهما جاهل بحقيقة الأمر[٢].

٢- من حيث الحكم: فإن الغُررو إذا كان في العقود فإنه لا يبطلها عند الجمهور، ولكن يعطى المغرور حق الفسخ إذا ظهر أنه غُبن غبنا فاحشا؛ لأنه عيب من عيوب الرضا، أما الغَرَر فإن العقد يكون معه غير صحيح من أصله[٣]؛ لأن المنع فيه لحق الله تعالى مع حق العبد، وحق الله لا يملك العبد إسقاطه، حتى «لو رضي العبد بإسقاط حقه في ذلك لم يؤثر رضاه»[٤]؛ لبقاء حق الله.

٣- من حيث المجال: فإن الغرور يقع في العقد وفي غير العقد؛ كما لو قال الغار: كل هذا الطعام فإنه طيب، وهو يعلم أنه مسموم، فأكله فمات فإنه يضمنه بالقود أو الدية أما الغرر فلا يقع إلا في العقود.

ومعنى القاعدة: أن من غرَّ غيره وخدعه بوسائل مضللة حتى ارتكب أمرا أوقعه في الضرر، فإن الغار يضمن للمغرور ما لحقه من ضرر وغرم بسبب تغريره له، فإذا قال الأب لأهل السوق عن ابنه الصغير: هذا ابني، وقد أذنت له في التجارة، فبايعوه، ولحقته ديون، ثم ظهر أنه ابن الغير، فإن أهل السوق يعودون على الآمر بديونهم؛ لأنه غرهم، والغار ضامن[٥]. وكذلك لو طلب شخص من غيره أن ينـزل في البئر، ويستخرج له منها شيئًا سقط فيها، وهو يعلم أن البئر ملساء، لا يستطيع الإنسان النزول فيها، ولم يخبره بذلك، فنـزل

---

(١) تبيين الحقائق للزيلعي ٤/٤٦.
(٢) الغرر وأثره في العقود للضرير ص ٥٥-٥٦.
(٣) انظر: تفصيل ذلك في قاعدة: "الغرر في العقود مانع من الصحة" في قسم القواعد الفقهية.
(٤) الفروق للقرافي ١/١٤١.
(٥) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ص١٨١، مجمع الضمانات للبغدادي ص٤٣١، رد المحتار لابن عابدين ٥/١٤٤.

الرجل فزلت قدمه فسقط في البئر فمات، فالضمان على الآمر؛ لأنه غره[١].

والغرور لا يثبت حق الرجوع للمغرور على الغار إلا بعد غرمه وتحمله للضرر فعلا، قال الغزالي: «المغرور لا يرجع ما لم يغرم، كالضامن لا يرجع على المضمون عنه ما لم يغرم»[٢].

وهو قد يكون بالقول؛ كما في وصف كاذب يراد به الحمل على الفعل، وقد يكون بالفعل؛ كما في تصرية الشاة، بغية إظهارها غزيرة اللبن[٣]، وقد يكون سكوتا إذا اقترن بعقد يقتضي السلامة؛ كما في كتمان عيوب المعقود عليه؛ فإذا دلس[٤] البائع العيب فللمشتري رد المبيع - ولو تعيّب عنده - بلا أرش العيب الحادث عنده، ويأخذ الثمن كاملا من البائع؛ لأنه قد ورط المشتري وغره[٥].

والغرور «لا يتحقق إلا بالحمل والترغيب من الغار بالوسائل الباطلة الكاذبة المظهرة للأمر على خلاف واقعه وحقيقته، وذلك ما لا يكون إلا مع قصد الغار وسوء نيته»[٦]. ومن أجل ذلك اشترط الفقهاء لثبوت الضمان بالغرور: «أن يكون الغار عالما بالخطر، وأن يكون المغرور غير عالم»[٧]، إلا أنهم اتفقوا على أن «شرط المغرور أن يكون جاهلاً، فإنه لو كان عالمًا بحقيقة الحالة، لم يقع الغرور تصوُّرًا، حتى يناط به حكم»[٨]، أما كون الغار عالما

---

(١) انظر: الشرح الممتع للعثيمين ١٠٨/١٤.

(٢) الوسيط للغزالي ١٦٩/٥ وانظر: مطالب أولي النهى للرحيباني ١٣٤/٥.

(٣) انظر: الضمان لعلي الخفيف ص١٥٠.

(٤) أي كتمه، وتدليس العيب: كتمانه انظر: طلبة الطلبة لعمر النسفي ص١١١، المصباح المنير للفيومي ١٩٨/١، مختار الصحاح للرازي ص١٠٦.

(٥) انظر: كشاف القناع للبهوتي ٢٢١/٣.

(٦) الضمان لعلي الخفيف ص ١٥٠.

(٧) رد المحتار لابن عابدين ١٧٠/٤.

(٨) نهاية المطلب للجويني ٤٠٣/٧.

بالضرر، قاصدا له، فاشتراطه محل خلاف بين الفقهاء، فذهب الجمهور إلى أن الغرور لا يتحقق إلا بعلم الغار، فلو قال شخص «لزيد: اشتر سلعة فلان فإنها سليمة، والحال أنه يعلم أنها معيبة وتولى العقد»[١] فإنه يضمن، أما إذا لم يكن يعلم فإنه لا يضمن[٢]، وخالف الإمام الشافعي فقال: «كل غار لزم المغرور بسببه غرم رجع به عليه، والغار علم أو لم يعلم يضمن للمغرور»[٣].

وهذا الخلاف إنما هو في إيجاب الضمان بالغرور، أما خيار العيب فإنه يثبت للمشتري، سواء أكان البائع عالما بالعيب، أم كان جاهلا به، قال ابن قدامة: «متى علم – أي المشتري- بالبيع عيبا لم يكن عالما به فله الخيار بين الإمساك والفسخ، سواء كان البائع علم العيب وكتمه أو لم يعلم، لا نعلم بين أهل العلم في هذا خلافا»[٤].

والقاعدة محل اتفاق بين عامة الفقهاء من حيث الجملة، وإنما يختلفون في الصور والحالات التي يجري فيها الضمان، فذهب الحنفية إلى أن الغرور لا يوجب الضمان إلا في ثلاث حالات[٥]:

الأولى: أن يكون التغرير واقعا في ضمن عقد المعاوضة، ولو كان فاسدا، أو كان غير مالي كعقد النكاح.

---

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢٥/٤.

(٢) وكذلك نص الحطاب في مسألة الغار الذي ادعى أن المرأة حرة، وتولى العقد، ثم بعد أن دخل بها الزوج تبين خلاف ما قاله، أن الزوج يرجع على الغار بالصداق إذا علم هذا الغار أنها أمة، وأما إن لم يعلم فلا رجوع. انظر: مواهب الجليل للحطاب ٤٩٣/٣ وانظر أيضا: الروض المربع للبهوتي ص٥٣٠، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٦٨٠/٢، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى للرحيباني ١٥٢/٥.

(٣) الأم للشافعي ٢٧١/٦- ٢٧٢.

(٤) المغني لابن قدامة ١٠٨/٤.

(٥) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ص١٨٠- ١٨١، مجمع الضمانات لابن غانم البغدادي ص٤٥٤، الدر المختار للحصكفي مع رد المحتار ١٤٤/٥-١٤٥.

الثانية : أن يكون في عقد يرجع نفعه إلى الدافع كالوديعة والإجارة حتى لو هلكت الوديعة أو العين المستأجرة ثم استحقت وضمن المودع والمستأجر فإنهما يرجعان على الدافع بما ضمناه.

الثالثة : إذا ضمن الغار للمغرور صفة السلامة بالشرط، كما إذا قال لآخر: اسلك هذا الطريق فإنه آمن، وإن سلكته وأُخذ مالك فأنا ضامن.

وزاد عليها الشيخ أحمد الزرقا مسائل لا تدخل تحت إحدى الحالات السابقة[١].

وذهب المالكية إلى أن الغرور لا يوجب الضمان إلا إذا كان فعليا[٢]، أما «الغرور القولي فلا أثر له»[٣] على المشهور[٤] ما لم «ينضم لعقد من الغار أو لشرط»[٥]، «فالقول إن تضمن عقدا كان غرورا بالفعل، لا بالقول»[٦].

وذهب الإمام الشافعي إلى أن «كل غار لزم المغرور بسببه غرم رجع به عليه»[٧]، والمعتمد عند الشافعية أن المغرور يرجع على الغار ما لم يلتزم ضمان الشيء المتلف بالعقد أو يباشر الإتلاف[٨]، ولهم في معظم المسائل التي يجتمع فيها الغرور ومباشرة الإتلاف قولان؛ قال الجويني: «إذا اجتمع الغرور، وإتلاف

---

(١) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقا ص١٨٢-١٨٣.

(٢) انظر: شرح المنهج المنتخب للمنجور ٢/٨٢، الدليل الماهر الناصح للولاتي ص١٨٨، الشرح الكبير للدردير ٤/٢٥.

(٣) شرح مختصر خليل للخرشي ٧/٢٦.

(٤) ولهم قول بالضمان في الغرور القولي أيضًا، وهو خلاف المشهور. انظر: البيان والتحصيل لابن رشد ١١/١٦٥، التاج والإكليل للمواق ٤/٥٨٨، شرح المنهج المنتخب للمنجور ٢/٨٤.

(٥) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/٢٥.

(٦) التاج والإكليل للمواق ٧/٥٥٥، منح الجليل لعليش ٧/٥٠٩، الروض المبهج شرح تكميل المنهج لميارة الفاسي ص٤٠٧.

(٧) الأم للشافعي ٦/٢٧١.

(٨) انظر: فتح العزيز بشرح الوجيز للرافعي ١١/٣٤٤، تحفة المحتاج شرح المنهاج لابن حجر الهيتمي ٦/٥٢.

المغرور، فينتظم قولان: أحدهما: أن القرار على المتلِف، وهو القياس والثاني: أن القرار على الغارّ، فإذا قدم الغاصب الطعام المغصوب إلى إنسان، وسلطه على أكله، فأكله ظانًا أنه ملك المقدِّم، فإذا غرِم قيمته للمالك، ففي رجوعه بما غرم على الغار قولان»[١]، والترجيح مختلف عندهم في الفروع، غير أن المشهور هو أن المغرور يتحمل تبعة فعله؛ وذلك لأنه «إذا اجتمع السبب **أو الغرور** والمباشرة قدمت المباشرة»[٢].

ولا يشترطون في التغرير المؤثر في إثبات الرجوع على الغار أن يكون مقارنا للعقد، بل التغرير السابق كالمقارن في ذلك على المعتمد[٣].

وذهب الحنابلة إلى أن الضمان يتعلق بالغار مطلقًا[٤]. ويقدم المتسبب الغار على المباشر في إيجاب الضمان إذا كانت المباشرة ناشئة عن السبب؛ قال الحافظ ابن رجب الحنبلي: «إذا استند إتلاف أموال الآدميين ونفوسهم إلى مباشرة وسبب تعلق الضمان بالمباشرة دون السبب، إلا إذا كانت المباشرة مبنية على السبب وناشئة عنه؛ فلو قدم إليه طعاما مسموما، عالما به فأكله، وهو لا يعلم بالحال، فالقاتل هو الْمُقَدِّمُ، وعليه القصاص أو الدية»[٥].

وخالف في ذلك ابن حزم، فذهب إلى أن الغار لا يلزمه الضمان ما لم يباشر الإتلاف أو يكره على الفعل، سواء نتج عن غروره تلف نفس أو مال، حيث يقول: «لو أن امرأ حفر حفرة وغطاها، وأمر إنسانا أن يمشي عليها، فمشى عليها ذلك الإنسان مختارا للمشي، عالما أو غير عالم - فلا ضمان على

---

(١) نهاية المطلب في دراية المذهب للجويني ٢١٢/٧.

(٢) المنثور للزركشي ١٣٣/١، الأشباه والنظائر للسيوطي ص١٦٢.

(٣) انظر: الوسيط للغزالي ١٦٨/٥، روضة الطالبين للنووي ١٨٧/٧، تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ٣٥٧/٧، نهاية المحتاج للرملي ٣١٨/٦.

(٤) انظر: الفروع التي تدل على هذا في: المغني لابن قدامة ٣٣٣/٨، الإنصاف للمرداوي ٤٧١/٤، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٣١٦/٢، كشاف القناع عن متن الإقناع للبهوتي ١٧٤/٤.

(٥) القواعد لابن رجب ص٢٨٤- ٢٨٥.

آمره بالمشي، ولا على الحافر، ولا على المعطي، لأنهم لم يمشوه، ولا باشروا إتلافه، وإنما هو باشر شيئًا باختياره ولا فرق بين هذا وبين من غر إنسانا فقال له: طريق كذا آمن هو؟ فقال له: نعم، هو في غاية الأمن، وهو يدري أن في الطريق المذكور أسدا هائجا، أو جملا هائجا، أو كلابا عقّارة، أو قوما قطاعين للطريق، يقتلون الناس، فنهض السائل مغترا بخبر هذا الغار له، فقُتِل وذهب ماله.

وكذلك: من رأى أسدا فأراد الهروب عنه؟ فقال له إنسان غرر به: لا تخف، فإنه مقيد؟ فاغتر بقوله ومشى، فقتله الأسد - فهذا كله لا قود على الغار، ولا ضمان أصلاً في دم ولا مال؛ لأنه لم يباشر شيئًا، ولا أكره»[١]. ويقول أيضًا: «من أطعم آخر سما فمات منه: أنه لا قود عليه، ولا دية عليه، ولا على عاقلته؛ لأنه لم يباشر فيه شيئًا أصلا، بل الميت هو المباشر في نفسه، **ولا فرق بين هذا وبين من غر آخر** يوري له طريقا، أو دعاه إلى مكان فيه أسد فقتله»[٢].

أدلة القاعدة:

١- ما رواه ابن عباس رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»[٣]، ووجه الدلالة هو أن الغررو يؤدي إلى الإضرار بالمغرور، ولا سبيل إلى إزالة الضرر إلا بإثبات الرجوع على من غره وأضر به[٤].

---

(١) المحلى بالآثار لابن حزم ٢٠٩/١١.

(٢) المحلى بالآثار لابن حزم ٢٣٢/١١.

(٣) رواه أحمد في مسنده ٥٥/٥ (٢٨٦٥) وابن ماجه في سننه ٧٨٤/٢ (٢٣٤١) والطبراني في الكبير ٢٢٨/١١ (١١٥٧٦) من حديث ابن عباس رضي الله عنه، ورواه الحاكم في المستدرك ٦٦/٢ (٢٣٤٥)، والدارقطني في سننه ٥١/٤ (٣٠٧٩) والبيهقي في سننه ١١٤/٦ (١١٣٨٤) من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه، وقال الحاكم: صحيح الإسناد ولم يخرجاه ووافقه الذهبي وقد روي من حديث غيرهما من الصحابة انظر: نصب الراية ٣٨٤/٤.

(٤) انظر: المبسوط للسرخسي ١٨٦/٦- ١٨٧، العناية شرح الهداية للبابرتي ١٤/٩، المغني لابن قدامة ٥٣/٧.

٢- ما رواه سعيد بن المسيب عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: «أيما امرأة غُرَّ بها رجل، بها جنون أو جذام أو برص فلها مهرها بما أصاب منها، وصداق الرجل على وليها الذي غره»[(١)]، قال الإمام الشافعي رحمه الله: «وأصل ما رددنا به المغرور على الغار على أشياء منها: أن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه رد الزوج على ما استحقت به المرأة عليه من الصداق بالمسيس على الغار، وكان موجودا في قوله إنه إنما رده عليه لأن الغرم في المهر لزمه بغروره، وكذلك كل غار لزم المغرور بسببه غرم رجع به عليه»[(٢)].

٣- لأن «غرمه كان بسبب غروره، والقياس والعدل يقتضي أن من تسبب إلى إتلاف مال شخص أو تغريمه أنه يضمن ما غرمه، كما يضمن ما أتلفه؛ إذ غايته أنه إتلاف بسبب، وإتلاف المتسبب كإتلاف المباشر في أصل الضمان»[(٣)].

تطبيقات القاعدة:

١- من غصب شاة، وأمر قصابا بذبحها، فذبحها وهو جاهل بالحال، فضمّنه المالك، فإنه يرجع بما غرم على الغاصب؛ لأنه غره، فقرار الضمان عليه[(٤)].

٢- إذا كانت السفينة في البحر، فخيف غرقها لثقل ما فيها، فقال بعض أهلها لواحد منهم: ألق متاعك في البحر على أن أضمنه لك أنا وركبان السفينة، فقد أذنوا لي في ذلك، فألقاه، ثم أنكروا الإذن،

---

(١) أخرجه مالك في الموطأ ٥٢٦/٢، والدارقطني في السنن ٣٩٨/٤ (٣٦٧٢).

(٢) الأم للشافعي ٢٧١/٦.

(٣) إعلام الموقعين لابن القيم ٣٥/٢-٣٦.

(٤) انظر: المنثور للزركشي ١٣٥/١، الأشباه والنظائر للسيوطي ص١٦٢، المغني لابن قدامة ١٥٤/٥.

فهو ضامن لجميع المتاع؛ لأنه غره[١]، والغرور يوجب الضمان.

٣- من استأجر أجيرا، وأمره بحفر بئر أو بناء في ملك غيره بغير إذنه، ولم يعلم الأجير ذلك، ففعل، فالمستأجر يضمن ما تلف بحفره؛ لأنه غره، فيتعلق الضمان به[٢].

٤- إذا غر الوليُ الزوجَ بأن قال له عن المرأة: هي سالمة من العيوب. وتولى العقد، ثم بعد أن تزوجها، ودخل بها تبين أن بها عيبا يوجب الفسخ، فللزوجة المهر المسمى في العقد؛ لكن يرجع به الزوج على الولي؛ لأنه الغار[٣].

٥- من استعار شيئًا فانتفع به، ثم ظهر مستحقا فلمالكه أجر مثله؛ لأنه لم يأذن في استعماله، يطالب به من شاء منهما، فإن ضمن المستعير رجع على المعير بما غرم؛ لأنه غره، ما لم يكن المستعير عالما بالحال فيستقر عليه الضمان[٤].

٦- إذا قالت المرأة لزوجها: خالعني على ما في بيتي من متاع، فله ما فيه إذا خالعها، فإن لم يكن فيه شيء رجع عليها بالمهر الذي أخذت منه؛ لأنها غرته حين أطمعته في المال، والمغرور يرجع على الغار بالبدل[٥].

٧- من اشترى أرضا فغرس أو بنى فيها ثم ظهرت الأرض مستحقة لغير

---

(١) انظر: الكافي لابن قدامة ٤/٩.

(٢) انظر: المغني لابن قدامة ٨/٣٣٣، كشاف القناع للبهوتي ٤/١٢٢ وانظر أيضًا: شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ١٨٢.

(٣) انظر: جامع الأمهات لابن الحاجب ص٢٧٢، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢/٦٨٠.

(٤) انظر: المغني لابن قدامة ٥/١٣٥، كشاف القناع للبهوتي ٤/٧٤، مطالب أولي النهى للرحيباني ٣/٧٤٧.

(٥) انظر: المبسوط للسرخسي ٦/١٨٦، الاختيار لتعليل المختار لأبي الفضل الموصلي ٣/١٥٨، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر لشيخي زاده ١/٧٦١.

بائعها، فانتزعها منه، وكلف المشتري بقلع ذلك الغراس أو البناء؛ لكونه موضوعا بغير حق، ففي هذه الحال يرجع المشتري على البائع بما غرمه من ثمن أقبضه، وأجرة غارس وبان، وثمن مؤن مستهلكة، ونحو ذلك، لأنه غره، وأوهمه أنها ملكه[١]، والغرور يوجب الضمان.

٨- إذا وهب الغاصب الثوب المغصوب لرجل فلبسه حتى تَخرّق أو كان طعاما فأكله، وهو لا يعلم أنه مغصوب، ثم جاء المغصوب منه وضمَّن الموهوب له فإنه يرجع بما غرم على الغاصب؛ لأنه صار مغرورًا من جهته[٢].

٩- من آجر شخصًا لحمل متاع فربطه بحبل رث، يعلم ضعفه فانقطع الحبل وسقط المتاع وتلف فإنه يضمنه؛ لأنه غر بفعله، حين ربطه بحبل يضعف عن حمل ذلك[٣].

١٠- من باع سيارة وغرّ المشتري بتدليس العيب الذي في محركها، وذلك بوضع زيت من نوعية خاصة في المحرك، بحيث لا يتبين للمشتري العيب عند الفحص، فاشتراها وهو يظن أن محركها بحالة جيدة، فلحقه ضرر بسبب ذلك العيب فإنه يرجع على البائع بما غرم؛ لأن الغرور يوجب الضمان.

محمد عمر شفيق الندوي

* * *

---

(١) انظر: شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٣١٦/٢، كشف المخدرات لعبد الرحمن البعلي ٤٩٠/٢، مطالب أولي النهى للرحيباني ٣٠٤/٣.

(٢) انظر: الكافي لابن قدامة ٢٢٧/٢-٢٢٨، كشاف القناع للبهوتي ١٠٣/٤.

(٣) انظر: شرح مختصر خليل للخرشي ٢٦/٧، منح الجليل لعليش ٥٠٩/٧، تبصرة الحكام لابن فرحون ٣٣٣/٢-٣٣٤، شرح المنهج المنتخب للمنجور ٨٤/٢، شرح اليواقيت الثمينة للسجلماسي ٦٨٨/٢، الدليل الماهر للولاتي ص١٨٨.

رقم القاعدة: ٨٦١

نص القاعدة: الضَّمَانَاتُ تَجِبُ إِمَّا بِأَخْذٍ أَوْ بِشَرْطٍ[(١)].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- الأصل أن الضمانات في الذمة لا تجب إلا بأحد أمرين؛ إما بأخذ أو بشرط؛ فإذا عدما لم تجب[(٢)].

٢- الضمانات في الذمة لا تجب إلا بأخذ أو شرط[(٣)].

قواعد ذات العلاقة:

١- الأصل براءة الذمة[(٤)]. (أصل).

٢- على اليد ما أخذت تحت تؤديه[(٥)]. (مكملة).

---

(١) قواعد البركتي ص ٨٩، وقال بعض الفقهاء: "يجب الضمان بأربعة أشياء: اليد والمباشرة والتسبب والشرط" قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ٢/١٣١، مختصر العلائي٢/٥٤٤، ومنهم من يقتصر على ذكر ثلاثة أسباب وهي: الإتلاف، والتسبب فيه ووضع اليد، انظر: الفروق للقرافي٤/٦٨-٦٩، الذخيرة له أيضًا ٦/٢١٠.

(٢) أصول البزدوي ١/٣٧٠، قواعد البركتي ص ١٥.

(٣) الإعلام لأبي الوفا ٨/١٧٠.

(٤) الحاوي الكبير للماوردي ٨/٥١١، الذخيرة للقرافي ١/٥٧، سبل السلام للصنعاني ٣/٢٢٢، نيل الأوطار للشوكاني ٥/١٠٧ وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٥) هذه القاعدة نص حديث شريف رواه الإمام أحمد في مسنده ٥/٨، وانظر: الذخيرة للقرافي=

٣- المباشر ضامن وإن لم يتعد والمتسبب لا إلا إذا كان متعديًا[١]. (مكملة).

٤- المسلمون عند شروطهم[٢]. (شارحة ودليل لشق القاعدة الثاني).

٥- كل ما كان أمانة لا يصير مضمونا بشرطه، وما كان مضمونا لا ينتفي ضمانه بشرطه[٣]. (مكملة).

٦- الأصل في الشروط الجواز والصحة ولا يحرم منها ويبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله نصًّا أو قياسًا[٤]. (شارحة).

شرح القاعدة :

الضمان لغة: هو الالتزام، وشرعا يقال لالتزام حق ثابت في ذمة الغير أو إحضار من هو عليه أو عينٍ مضمونة، ويقال للعقد الذي يحصل به ذلك، ويسمى الملتزم لذلك ضامنًا وضمينًا وحميلاً وزعيمًا وكافلاً وكفيلاً وصبيرًا وقبيلاً[٥]. واختصر الأستاذ مصطفى الزرقا تعريف الضمان بقوله: «هو التزام بتعويض مالي عن ضرر للغير»[٦].

= ٥٠٣/٥، الحاوي الكبير للماوردي ١٣٦/٧، بدائع الصنائع للكاساني ١٨٢/٣، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(١) انظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "المباشر ضامن وإن لم يتعمد والمتسبب لا إلا أن يتعمد".

(٢) انظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٣) المبدع لابن مفلح ١٤٥/٥ وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: " كل ما كان أمانة أو مضمونًا لا يزول عن حكمه بالشرط".

(٤) انظر: الفتاوى الكبرى لابن تيمية ١٣٢/٢٩ وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٥) انظر: مغني المحتاج للشربيني ١٩٨/٢، انظر: فتح الوهاب شرح منهج الطلاب لزكريا الأنصاري ٣٧٧/٣.

(٦) المدخل الفقهي العام ١٠٣٥/٢.

وهذه القاعدة من قواعد ضمان الحقوق في الشريعة الإسلامية، وقد اعتنى الإمام القرافي رحمه الله - أيما اعتناء - بذكر مضمونها وما يتعلق بها في كتابيه الفروق والذخيرة.

ومفاد القاعدة أن الإنسان لا تعمر ذمته ولا يجب عليه ضمان إلا بأحد أمرين: أخذ أو شرط، والمقصود بالأخذ؛ الأخذ الفعلي، وذلك بوضع اليد، سواء بحق كمن أخذ رهنا فهو في ضمانه حتى يرده أو قيمتَه عند تلفه، أو بغير حق كالغاصب الذي يضمن المغصوب[1]. وقد تم تناول أسباب الضمان من أخذ (أي يدٍ) وتسببٍ ومباشرةٍ في قسيمتي هذه القاعدة وهما: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»، و«المباشر ضامن وإن لم يتعد، والمتسبب لا إلا إذا كان متعديا». وبقي من الأسباب الشرط وهو ما سنتناوله في هذه الصياغة.

فالمقصود بالشرط ما يشترطه أحد المتعاقدين على الآخر وهو نوعان:

١- **شرط تقييدي**: وهو الذي يكون خلوا من أداة الشرط كقولك: بعت مالي على الشرط الفلاني.

٢- **شرط تعليقي**: وهو الذي تستعمل فيه أدوات الشرط مثل: (إن، كلما، متى، إذا). وأشباهها[2]. وقد يطلق الفقهاء على (الشرط التعليقي) (الشرط الإلزامي)[3].

فإذا أُبرم عقد على شرط يقتضي الضمان كمن استعار ما يحمل عليه متاعه، واشترط عليه المعير أن لا يحمل عليها أكثر من طن مثلا، فحمل عليها أكثر من ذلك فعطبت، كان ضامنا لما استعاره[4] لأنه «بمخالفته الشرط خرج

---

(١) أصول البزدوي ١/ ٣٧٠.

(٢) انظر: درر الحكام لعلي حيدر ١/ ٧٢، ٧٥.

(٣) انظر: حاشية ابن عابدين ٣/ ٣٤٣، الفتاوى الفقهية لابن حجر ٤/ ١٤٨.

(٤) انظر: كشاف القناع للبهوتي ٤/ ٣٨، مطالب أولي النهى للرحيباني ٣/ ٦٩٨، منح الجليل لعليش ٥/ ٤٣٣.

عن الأمانة»[١]، وهذا أمر لا خلاف فيه كما جاء في القاعدة من ذات العلاقة: «المسلمون عند شروطهم».

وكذلك الأمر في اشتراط الضمان صراحة في عقد يقبل دخول هذا الشرط كالكفالة والوكالة والحوالة وغيرها، «فلو قال الوكيل للبائع: أعط المبيع فلانًا بالثمن على أني ضامن لك الثمن، أو أعطه إياه بثمنه من مالي، فالثمن لازم للوكيل، لأن إضافة العقد إلى مال نفسه أو اشتراط الضمان على نفسه بمنزلة إضافة العقد إلى نفسه أو أقوى منه»[٢]. ومن ثم قال الفقهاء: «من شرط على نفسه طائعًا غير مكره فهو عليه».

واختلف الفقهاء في وجوب الضمان بالشرط في عقدٍ الأصلُ فيه عدم الضمان، هل يُخرجه الاشتراط عن أصله فيجب به الضمان؟ قال الإمام الشوكاني رحمه الله في مسألة ضمان العارية بالشرط: «عن الحسن البصري والنخعي والأوزاعي وشريح والحنفية أنها غير مضمونة وإن شرط الضمان، وعند العِترة وقتادة والعنبري أنه إذا شرط الضمان كانت مضمونة»[٣]. وجاء في شرح مجلة الأحكام العدلية: «اختلف الفقهاء في ضمان العارية بشرط الضمان: لقد جاء في أشباه ابن نجيم - عن ذكره ما يتفرع على قاعدة: «العادة محكمة»: «لو اشترط ضمان العارية إذا تلفت بلا تعد يصح الشرط المذكور على رواية؛ نقلا عن الزيلعي والجوهرة، ولكن الصحيح والمفتى به هو أن الشرط المذكور لا حكم له»[٤]، وهناك رواية عن الإمام أحمد بوجوب الضمان إن اشتُرِط[٥]،

---

(١) تحرير المجلة لكاشف الغطاء ١/١٧٧.

(٢) السير الكبير للشيباني ٤/١٤٠٤.

(٣) نيل الأوطار للشوكاني ٦/٣٨.

(٤) شرح المجلة لعلي حيدر ٢/٣٠٦، وما نقله علي حيدر عن ابن نجيم موجود في الأشباه والنظائر ١/٨٥ وقال السرخسي رحمه الله: "وقيل المستعير وإن كان لا يضمن ولكن يضمن بالشرط كالمودع على ما ذكره في المنتقى" المبسوط للسرخسي١١/١٣٦، وانظر الجوهر النقي لابن التركماني٦/٩٠.

(٥) انظر: المغني لابن قدامة ٥/٣١١.

وقال ابن رشد: «اختلفوا إذا شرط الضمان فقال قوم: يضمن، وقال قوم: لا يضمن»[١]. وعند المالكية أيضًا رواية مخالفة للمشهور من المذهب بوجوب الضمان[٢].

فالقول بعدم وجوب الضمان هنا مرجعه إلى القاعدة القائلة بأن «كل ما كان أمانة لا يصير مضمونا بشرطه، وما كان مضمونا لا ينتفي ضمانه بشرطه». والقول بوجوب الضمان فيما الأصل فيه عدمه أو ما سماه البعض «شرط الضمان مطلقًا»[٣] مرجعه إلى عموم القاعدة: «الأصل في الشروط الجواز والصحة ولا يحرم منها ويبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله نصًّا أو قياسًا».

وقد استثنى بعض المالكية من القول بالمنع ما إذا تطوع المرء بالتزام الضمان بعد انعقاد العقد وفي ذلك يقول الونشريسي رحمه الله: «نص الفقهاء رضي الله عنهم على أن التزام ما يخالف سنة العقود شرعا من ضمان أو عدمه ساقط على المشهور كالوديعة على الضمان والاكتراء كذلك وحمل القاضي محمد بن يبقى بن زَرْب رحمه الله تعالى، ما قالوه على ما إذا كان الالتزام عند العقد حتى يكون ذلك على الوجه المناقض للشرع فيجب حينئذ أن يبقى الحكم تابعا للمشروع، قال ابن زَرْب: فلو تبرع بالضمان وطاع به بعد تمام الاكتراء لجاز ذلك، قيل له: فيجب على هذا القول الضمان في مال القراض إذا طاع به قابضه بالتزام الضمان فقال: إذا التزم الضمان طائعا بعد أن شرع في العمل، فما يبعد أن يلزمه»[٤].

---

(١) بداية المجتهد لابن رشد ٢/٢٣٦.

(٢) إيضاح المسالك للونشريسي ص ١٢٤.

(٣) قال كاشف الغطاء: من «أسباب الضمان سبب رابع وهو شرط الضمان مطلقا، وإن كان في صحة مثل هذا الشرط بحث، ولكن الأقوى الصحة». تحرير المجلة لكاشف الغطاء ١/١٧٧.

(٤) إيضاح المسالك للونشريسي ص ١٢٥.

ورغم أن صيغة القاعدة صيغة حنفية إلا أن العمل بمضمونها موجود عند غيرهم منتشر في كتب الفقه.

أدلة القاعدة:

١- قوله ﷺ: «المسلمون عند شروطهم»[١]، وقد استدل الإمام أحمد بهذا الحديث عندما سئل عن اشتراط المؤجر على المستأجر ضمان العين، ثم قال: «وهذا يدل على نفي الضمان بشرطه ووجوبه بشرطه»[٢].

٢- قول عمر رضي الله عنه: «مقاطع الحقوق عند الشروط»[٣]. وهذا نص عام يشمل اشتراط الضمان.

٣- عن صفوان بن أمية رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ استعار منه أدراعا يوم حنين، فقال: أغصب يا محمد؟ فقال: «لا بل عارية مضمونة»[٤]. وقد ذكر الشيخ زكريا الأنصاري تأويلين لقوله ﷺ: «بل عارية مضمونة» أحدهما: «أنه محمول على اشتراط الضمان، وهو مستقيم»[٥]. وقال الزيلعي: «ويحتمل أن يريد اشتراط الضمان، والعارية بشرط الضمان مضمونة في رواية للحنفية»[٦].

---

(١) رواه الترمذي٣/٦٣٤-٦٣٥(١٣٥٢) واللفظ له، وابن ماجه ٢/٧٨٨ (٢٣٥٣)، والدارقطني ٣/٢٧ (٩٨)، والبيهقي في الكبرى ٦/٦٥ من حديث عمرو بن عوف المزني رضي الله عنه، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح، ورواه البخاري معلقا بصيغة الجزم ٣/٩٢، والحديث مروي عن عدة من الصحابة انظر: التلخيص الحبير ٣/٥٤.

(٢) المغني لابن قدامة ٥/٣١٢.

(٣) رواه سعيد بن منصور في سننه ١/٢١١ (٦٦٢)، وابن أبي شيبة في مصنفه ٤/٤٥١ (٢٢٠٣١)، والبيهقي في الكبرى ٧/٤٠٧ (١٤٤٣٨)، وعلقه البخاري في صحيحه ٧/٢٠.

(٤) رواه أحمد ٢٤/١٣ (١٥٣٠٢)، وأبو داود ٤/٢٠٢ (٣٥٥٧)، والنسائي في الكبرى ٥/٣٣١ (٥٧٤٥)، والحاكم ٢/٥٤ (٢٣٠٠) من حديث صفوان بن أمية رضي الله عنه.

(٥) اللباب في الجمع بين السنة والكتاب لزكريا الأنصاري ٢/٥٣٨.

(٦) عمدة القاري للعيني ١٣/١٨٣.

تطبيقات القاعدة :

١- ضمان غير العقار على البائع إلا إذا اشترط البائع الضمان على المشتري، فيعمل بالشرط وينتقل الضمان عمن كان عليه إلى من اشترط عليه إذا لم تحصل منازعة بين المتبايعين، فإن حصلت منازعة، فالقول للمشتري والضمان على البائع، بناء على أن الأصل انتفاء الضمان عن المشتري[(١)].

٢- إذا قال الوكيل للبائع: أعط المبيع فلانًا بالثمن على أني ضامن لك الثمن، أو أعطه إياه بثمنه من مالي، فالثمن لازم للوكيل، لأنه اشترط الضمان على نفسه[(٢)] فيلزمه الضمان لأن الشرط سبب من أسبابه.

٣- اشتراط الضمان على الأجير المشترك في العقد فيما يمكن الاحتراز عنه جائز لازم يوجب الضمان عند أبي يوسف وابن الحسن الشيباني، وهو المفتى به عند الحنفية[(٣)]، لأن الضمانات تجب بالشرط.

٤- إذا ماتت امرأة فاتخذت والدتها مأتما، فبعث زوج الميتة ببقرة لتذبح وتنفقها واشترط أن يرجع عليها بالثمن ففعلت، ثم طالب الزوج بقيمة البقرة، لزمتها[(٤)]، لأن الضمانات تجب بالشرط.

٥- إذا قال ربان السفينة لأحد ركابها وقد أمنوا الغرق: ألق متاعك في البحر وعليّ ضمانه فألقاه. يلزمه الضمان لأنه شَرَط الضمان على نفسه[(٥)]، والضمان في الذمة يجب بالشرط.

---

(١) انظر: شرح الخرشي على مختصر خليل ٣٥/٥، ٣٦.

(٢) انظر: السير الكبير للشيباني ١٤٠٤/٤.

(٣) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ١٣٥/٥، مجمع الضمانات ١٠١/١، الفتاوى الهندية للشيخ نظام ومجموعة من العلماء ٥٠٥/٤.

(٤) انظر: معين الحكام لعلي الطرابلسي ٢٢١/٢.

(٥) انظر: الحاوي الكبير للماوردي ٣٣٦/١٢، القواعد لابن رجب ص ٢٩٠.

٦- إذا قال رجل لآخر: أدِّ عني زكاة مالي، أو قال: أطعم عني عشرة مساكين، أو: تصدق عني بعشرة دراهم على المساكين، أو قال: هب فلانا عني ألف درهم ففعل، لا يرجع على الآمر إلا بالشرط[١]، لأن الضمان في الذمة يجب بالشرط.

٧- رجل له على رجل مال، فقال الطالب للمديون: أحلني بمالي عليك على فلان على أنك ضامن لذلك، ففعل فهو جائز، وله أن يأخذ المال من أيهما شاء[٢].

٨- إذا عقد شخصان عقد شركة واشترط أحد الشريكين على الآخر الضمان، وقبل الآخر الشرط لزمه الضمان[٣]؛ لأنه قبل الشرط والضمان في الذمة يجب بالشرط.

٩- إذا عوَّض أحد صاحب هبة الثواب[٤] بأمر الموهوب له، أي المعوَّض عنه، فلا يرجع المعوِّض على الآمر بما دفع إلا إذا قال له: عوض عني على أني ضامن، لأنه إذا أمره بالتعويض دون التزامه بالضمان، فقد أمره بما ليس بواجب عليه بل هو متبرع به، فلا يجب الضمان على الآمر إلا بالشرط[٥].

د. رحال إسماعيل بالعادل

* * *

(١) انظر: شرح فتح القدير لابن الهمام ١٨٩/٧.
(٢) انظر: تنقيح الفتاوى الهندية لابن عابدين ٥/٤.
(٣) انظر: السيل الجرار للشوكاني ٢٠٥/٣، ٢٠٦.
(٤) وهبة الثواب: «هي أن يعطيك شيئًا في نظير أن تعوضه، فمعنى هبة الثواب: الهبة في نظير عمل دنيوي، فإن لم تكن في نظير عمل دنيوي قيل لها صدقة وهبة لغير ثواب». حاشية الصاوي ٤/٣.
(٥) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ١٣٢/٦.

رقم القاعدة: ٨٦٢

نص القاعدة: كُلُّ مَنْ أَخَذَ الشَّيْءَ لِمَنْفَعَةِ نَفْسِهِ مُنْفَرِدًا بِهِ مِنْ غَيْرِ اسْتِحْقَاقٍ فَإِنَّهُ مَضْمُونٌ عَلَيْه[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- كل من أخذ العين لمنفعة نفسه من غير استحقاق فإنها مضمونة عليه[٢].

٢- الأصول موضوعة على أن من أخذ مال غيره لمنفعة نفسه ضمنه، وإن أخذه لمنفعة مالكه لم يضمنه، ومن أخذه لمنفعة مشتركة بينه وبين مالكه فلا يضمن إلا بالتعدي[٣].

٣- من أخذ مال غيره لمنفعة القابض فالضمان عليه، وإن كان لمنفعة الدافع فلا ضمان منه، وإن كان لمنفعتهما معا فينظر من أقوى منفعة فيضمن[٤].

---

(١) المنثور للزركشي ٣/١١١.

(٢) المنثور ١/٢٠٩، حاشية الرملي الكبير على أسنى المطالب ٢/٣٢٨.

(٣) الحاوي الكبير للماوردي ٧/٤٢٧.

(٤) القوانين الفقهية لابن جزي ص٢٢٠.

٤- من أخذ ملك غيره لنفع نفسه، منفردا بنفعه من غير استحقاق، ولا إذن في الإتلاف، كان مضمونا[١].

٥- من تفرد باحتباس العين لنفسه من غير استحقاق فإنها تكون من ضمانه[٢].

قواعد ذات علاقة:

١- على اليد ما أخذت حتى تؤديه[٣]. (أصل للقاعدة).

٢- تعود مئونة رد كل عين إلى من تعود إليه منفعة قبضها[٤]. (مكملة).

٣- الضمان يتعلق بالإتلاف[٥]. (مكملة).

٤- الإذن يناقض الضمان[٦]. (مكملة).

٥- المتعدي ضامن[٧]. (مكملة).

---

(١) المغني لابن قدامة ١٢٩/٥، كشاف القناع للبهوتي ٧٠/٤، مطالب أولي النهى ٧٤٠/٣.

(٢) انظر: الحاوي للماوردي ١١٩/٧.

(٣) القاعدة نص حديث نبوي رواه أبو داود ٢٠٢/٤ (٣٥٥٦)، والترمذي ٥٦٦/٣ (١٢٦٦)، والنسائي في الكبرى ٣٣٣/٥ (٥٧٥١)، وابن ماجه ٨٠٢/٢ (٢٤٠٠) من حديث الحسن عن سمرة، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح، وانظرها في: موسوعة القواعد الفقهية للبورنو ٤٥٢/٦، موسوعة القواعد والضوابط الفقهية للندوي ١٢١/١، نظرية الضمان للزحيلي ص ٢٢٥، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٤) درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٣٧٨/٢.

(٥) الذخيرة للقرافي ٢٨١/٨.

(٦) الذخيرة للقرافي ١١٥/٨ ووردت في حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني ٢٧٧/٢ بلفظ: "لا ضمان مع الإذن"، وانظر قاعدة: "الجواز الشرعي ينافي الضمان" في قسم القواعد الفقهية.

(٧) الذخيرة للقرافي ٣١٨/٨، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

شرح القاعدة :

حيازة الشيء بوضع اليد عليه لا تكون سببًا للضمان في جميع الأحوال، بل يختلف حكمها باختلاف صفة اليد، فقد تكون اليد يد ضمان إذا كانت في عقد من عقود الضمان أو لم تستند في وضعها على الشيء إلى إذن معتبر، وقد تكون يد أمانة إذا كانت ضمن عقد من عقود الأمانات؛ كيد الوديع، ويد الشريك، ويد الوصي،ونحوهم، فلا يجب على صاحبها الضمان عند التلف وهذه القاعدة تتعلق بالمال المأخوذ بالإذن على غير وجه الملك، وتبين متى تكون اليد يد ضمان ومتى تكون يد أمانة، وما هي المعاني المؤثرة في التفريق بينهما.

وقد بين الزركشي محترزات القاعدة فقال: «قولنا: من أخذ العين، يتناول يد السوم والعارية الوديعة والمقارض والوكيل، وقولنا: لمنفعة نفسه، احتراز عن المودع فإنه أخذها لمنفعة المالك، وقولنا: من غير استحقاق يخرج الإجارة، فإنه أخذها لمنفعة نفسه، لكن باستحقاق»[(١)].

ومعنى القاعدة : أن كل من أخذ شيئًا لغيره بإذن معتبر شرعًا لمنفعة نفسه منفردا به من غير استحقاق للأخذ بعقد موجب له فإنه يكون مضمونا عليه بالبدل من مثل أو قيمة عند التلف، أما إذا أخذه لمنفعة غيره فلا ضمان عليه، وكذلك إذا أخذه لمنفعة نفسه باستحقاق؛ فالعين في يد المقترض مضمونة؛ لأنه أخذها لمنفعة نفسه، وفي يد المستأجر أمانة؛ لأنه أخذها لمنفعة نفسه لكن باستحقاق؛ لأنه أخذها بعقد معاوضة يوجب تسليم العين وأما في يد المودع فهي أمانة؛ لأنه لم يأخذها لمنفعة نفسه بل لمنفعة المالك.

---

(١) المنثور ٢٠٩/١.

وأخذ مال الغير بإذنه على غير وجه الملك ينقسم إلى ثلاثة أقسام[١]:

الأول: أن يكون القبض لمنفعة المدفوع إليه دون الدافع؛ كالقرض والعارية، فهو مضمون عليه.

الثاني: أن يكون القبض لمنفعة الدافع دون المدفوع إليه؛ كالوديعة، والوكالة فهو غير مضمون في الأصل.

الثالث: أن يكون القبض لمنفعة تعود للدافع والمدفوع إليه معًا؛ كالقراض، فهو غير مضمون.

وهذه القاعدة محل اتفاق في أصلها عند جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة، كما يتبين ذلك من ورود القاعدة عندهم بلفظها أو التعليل بمعناها، والحنفية يوافقون الجمهور في معنى القاعدة من حيث الجملة، وإنما وقع الخلاف في بعض فروع القاعدة؛ كالعارية، لدخولها تحت أصل آخر، فذهب الحنفية إلى أنها إذا هلكت بلا تعد أو تفريط فلا ضمان فيها، لأن «إذن المالك في قبض الشيء ينفي الضمان»[٢]. ما لم يكن في عقد موجب للضمان، فمن استعار عينا فانتفع بها، وهلكت بلا تعد أو تفريط فلا ضمان عليه؛ قال الإمام السرخسي: «والمعنى فيه – أي في نفي الضمان عن المستعير- أنه قبض العين للانتفاع به بإذن صحيح، فلا يكون مضمونا عليه كالمستأجر، ألا ترى أن القبض في كونه موجبا للضمان لا يكون فوق الإتلاف، ثم الإتلاف بالإذن لا يكون موجبًا للضمان، فالقبض أولى، ولا يجوز أن يجب الضمان هناك باعتبار العقد؛ لأن العقد عقد تبرع، فلا يكون عقد ضمان؛ كالهبة»[٣]. وذهب الشافعية إلى وجوب الضمان مطلقًا، سواء أهلكت بتعد أو تفريط من المستعير أم لا، وتوسط المالكية فقالوا يضمن فيما يغاب عليه -كالذهب والفضة والمتاع، ولا

---

(١) انظر: المقدمات الممهدات لابن رشد ٢/٢٤٦، القوانين الفقهية لابن جزي ص٢٢٠.

(٢) العناية شرح الهداية ٩/٩.

(٣) المبسوط للسرخسي ١١/١٣٤.

يضمن فيما لا يغاب عليه - كالعقار والحيوان - إلا بتعد أو تفريط، «ومنشأ الخلاف النظر إلى خلوص المنفعة للمستعير فيضمن، أو إلى أنها قبض بإذن المالك من غير عوض فلا يضمن، أو ملاحظة شبه الأصلين»[١]، فيوفر عليه حظهما، كما هو اختيار المالكية؛ ووجه ذلك أنه «قويت شائبة الضمان فيما يغاب عليه بالتهمة، فضمّن، وشائبة الأمانة بظهور العين فلم يضمّن»[٢].

وأما الظاهرية فأبطلوا القاعدة رأسا؛ بناء على أنها مبنية على القياس؛ والقياس كله باطل عندهم[٣].

أدلة القاعدة:

١- النصوص الدالة على وجوب الضمان في العارية، ومن ذلك:

أ- ما رواه صفوان بن أمية رضي الله عنه أن النبي ﷺ استعار منه دروعا يوم حنين فقال: أغصب يا محمد؟ قال: «بل عارية مضمونة»[٤].

قال البغوي: «قول النبي ﷺ في حديث صفوان «بل عارية مضمونة» ليس على سبيل الشرط؛ لأن ما يكون أمانة لا يصير بالشرط مضمونًا، كالودائع، ولكن كان صفوان جاهلا بحكم الإسلام، فأخبره النبي أن حكم الإسلام ضمان العارية»[٥].

ب- وما رواه شرحبيل بن مسلم، قال: سمعت أبا أمامة رضي الله عنه، يقول: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «العارية مؤداة، والمنحة مردودة»[٦]، قال

(١) الذخيرة للقرافي ٦/ ٢٠٠.
(٢) الذخيرة للقرافي ٦/ ٢٠٢.
(٣) انظر: المحلى لابن حزم ٨/ ١٤٥.
(٤) رواه أحمد ٢٤/ ١٣ (١٥٣٠٢)، وأبو داود ٤/ ٢٠٢ (٣٥٥٧)، والنسائي في الكبرى ٥/ ٣٣١ (٥٧٤٥)، والحاكم ٢/ ٥٤ (٢٣٠٠) من حديث صفوان بن أمية رضي الله عنه.
(٥) شرح السنة للبغوي ٨/ ٢٢٦.
(٦) رواه أحمد ٣٦/ ٦٢٨(٢٢٢٩٤)، وأبو داود ٤/ ٢٠٣(٣٥٦٠)، والترمذي ٣/ ٥٦٥ (١٢٦٥) وقال=

البغوي: «قوله ﷺ في حديث أبي أمامة: «العارية مؤداة» دليل على وجوب أداء عينها عند قيامها، وأداء قيمتها عند هلاكها»[١].

ج - وما رواه سمرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»[٢].

قال الإمام الخطابي: «في هذا الحديث دليل على أن العارية مضمونة، وذلك أن (على) كلمة إلزام، وإذا جعلت اليد آخذة، صار الأداء لازمًا لها، والأداء قد يتضمن العين إذا كانت موجودة، والقيمة إذا صارت مستهلكة»[٣].

ففي هذه الأحاديث دلالة على وجوب الضمان في العارية؛ وهي عين مأخوذة لمنفعة نفسه من غير استحقاق يوجب ذلك، فيقاس على ذلك كل عين مأخوذة بتلك الصفة.

٢- اتفاق العلماء على وجوب الضمان في القرض[٤]، وهو عين مأخوذة لمنفعة نفسه من غير استحقاق، ويقاس عليه ما كان في معناه.

٣- ما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: «من أودع وديعة فليس عليه ضمان»[٥][٦]، فالحديث نص على عدم

= حسن غريب، وابن ماجه ٢/٨٠١-٨٠٢ (٢٣٩٨)، والنسائي في الكبرى ٥/٣٣٢-٣٣٣ (٥٧٤٩) (٥٧٥٠).

(١) شرح السنة للبغوي ٨/٢٢٦.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) معالم السنن للخطابي ٥/١٩٧.

(٤) انظر: الذخيرة للقرافي ٩/١٠٥.

(٥) وعدم الضمان مقيد بقوله ﷺ في الحديث الآخر: «ليس على المستعير غير المغل ولا على المستودع غير المغل ضمان» رواه الدارقطني ٣/٤١ (١٦٨) من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما، لكنه قال فيه: عمرو (بن عبدالجبار) وعبيدة (بن حسان) ضعيفان، وإنما يروى عن شريح القاضي غير مرفوع ورواه عبدالرزاق ٨/١٧٨(١٤٧٨٢) والبيهقي في الكبرى ٦/٩١ عن شريح القاضي موقوفا عليه، وقال البيهقي: هذا هو المحفوظ.

(٦) رواه ابن ماجه في سننه ٢/٨٠٢ (٢٤٠١)، وقال في مصباح الزجاجة ٢/٣٨ : هذا إسناد ضعيف لضعف المثنى وهو ابن الصباح والراوي عنه.

وجوب الضمان في الوديعة، وهو محل اتفاق بين الفقهاء؛ قال الشيرازي: «الوديعة أمانة في يد المودع فإن تلفت من غير تفريط لم تضمن، وهو إجماع فقهاء الأمصار»[١]، والوديعة عين مقبوضة لمنفعة رب المال، دون منفعة نفسه[٢]، ويقاس عليها كل ما كان في معناها

٤- اتفاق الفقهاء على أن العين المستأجرة أمانة في يد المستأجر[٣]، وهي عين مأخوذة باستحقاق لمنفعة مشتركة بينهما، فيلحق بها كل ما كان كذلك.

تطبيقات القاعدة:

١- من قبض العين على وجه القرض فهو ضامن لها، وعليه أن يرد مثلها؛ لأنه قبضها لمنفعة نفسه من غير استحقاق[٤].

٢- إذا تلفت العين في يد المستعير فإنه يضمنها؛ لأنه أخذها لمنفعة نفسه من غير استحقاق، لا لمنفعة صاحبها[٥].

٣- من قبض العين على وجه الوديعة فلا ضمان عليه عند تلفها؛ لأنه قبضها لمنفعة صاحبها خاصة[٦].

٤- العين المستأجرة أمانة في يد المستأجر، فإن تلفت بغير تعد أو تفريط لم يضمنها؛ لأنه قبضها بإذن مالكها باستحقاق لنفع يعود إليهما[٧].

---

(١) المهذب للشيرازي ١/٣٥٩ وانظر: الإفصاح لابن هبيرة ٢/٢٣.

(٢) انظر: المنثور للزركشي ١/٢٠٩، المغني لابن قدامة ٦/٣٠٠.

(٣) انظر: شرح السنة للبغوي ٨/٢٢٦، المغني ٥/٣١١، مجمع الضمانات للبغدادي ص ١٣.

(٤) انظر: القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٢٠، الحاوي الكبير للماوردي ٧/١١٩.

(٥) انظر: الأم للشافعي ٦/١٨٨، المنثور ١/٢٠٩، حاشية الرملي على أسنى المطالب ٢/٣٢٨، المغني ٥/٣١٠، القواعد لابن رجب ص ٥٩.

(٦) انظر: المقدمات الممهدات لابن رشد ٢/٢٤٦، المنثور للزركشي ١/٢٠٩.

(٧) انظر: روضة الطالبين للنووي ٧/٢٨٩، المنثور ١/٢٠٩، المغني لابن قدامة ٥/٣١١.

٥- لا ضمان على راع فيما تلف من الماشية في يده إذا لم يتعد، أو يفرط في حفظها؛ لأنه قبضها بإذن مالكها لنفع يعود إليهما، وهو مؤتمن على حفظها[١].

٦- إذا أخذ الملتقط اللقطة ليحفظها ويردها على صاحبها فهي أمانة في يده، فلا يضمنها عند الهلاك إلا بالتفريط أو بالتعدي عليها؛ لأنه أخذها بإذن الشارع، بقصد الحفظ لمالكها، دون أن يكون له منفعة في ذلك[٢].

٧- الرهن أمانة بيد المرتهن، فإذا تلف عنده فلا يجب عليه ضمانه؛ لأنه مأخوذ على وجه الاستحقاق بإذن صاحبه، لمصلحة تعود إليهما[٣].

٨- إذا قبض الموصى له العين الموصى بمنفعتها له فتلفت في يده بغير تعد أو تفريط فلا ضمان عليه؛ لأنها مقبوضة على وجه الاستحقاق[٤].

٩- العامل أمين في مال المضاربة؛ لأنه متصرف فيه بإذن مالكه على وجه لا يختص بنفعه، فلا يضمن إذا تلف دون تعد منه أو تفريط[٥].

محمد عمر شفيق الندوي

* * *

(١) انظر: مجمع الأنهر لشيخي زاده ٢/٣٩٤، المغني ٥/٣١٦، كشاف القناع ٤/٣٥.
(٢) انظر: الجوهرة النيرة للحدادي ١/٣٥٥، الفتاوى الهندية ٢/٢٩١، المنثور للزركشي ١/٢٠٩.
(٣) انظر: المغني لابن قدامة ٤/٢٥٨، القواعد لابن رجب ص ٦١.
(٤) انظر: القواعد لابن رجب ص ٦١، شرح منتهى الإرادات ٢/٢٩٣، مطالب أولي النهى ٣/٧٤٢.
(٥) انظر: المغني ٥/٤٤، كشاف القناع للبهوتي ٣/٥٢٢.

رقم القاعدة: ٨٦٣

نص القاعدة: الغُنْمُ بالغُرْم[(١)].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- الغنم يتبعه الغرم[(٢)].

٢- الغرم مقابل بالغنم[(٣)].

٣- النعمة بقدر النقمة[(٤)].

قواعد ذات علاقة:

١- الخراج بالضمان[(٥)]. (متفرعة).

٢- النفقة جزاء الاحتباس[(٦)]. (متفرعة).

---

(١) النوادر لابن أبي زيد ٤٠١/١٠، المبسوط للسرخسي ١٤٨/٨، المحلى لابن حزم ٩٨/٨، الذخيرة للقرافي ٤٨/٩، المجموع للنووي ٢٠٢/١٢، شرح الزركشي ٥٣٤/٣-٥٧٢، ٥٧٧، فتح القدير لابن الهمام ١٤/٣.

(٢) الذخيرة للقرافي ٢٥٢/٦.

(٣) تبيين الحقائق للزيلعي ١٧٦/٤.

(٤) فتح القدير لابن الهمام ١٤/٣.

(٥) هي لفظ حديث شريف رواه أحمد ٢٧٢/٤٠ (٢٤٢٢٤)، وأبو داود ١٨٣/٤ (٣٥٠٢)، والترمذي ٥٨٢/٣ (١٢٨٦)، والنسائي ٢٥٤/٧ (٤٤٩٠)، وابن ماجه ٧٥٤/٢ (٢٢٤٣) من حديث عائشة رضي الله عنها، وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح غريب، وانظرها في: التجريد للقدوري ١٤٨٠/٣، النوادر لابن أبي زيد ٣٤٤/١٠، الحاوي للماوردي ٢٦٨/٧، المبدع لابن مفلح ١٨٥/٥- ٢٢٠، شرح النيل لأطفيش ٥٣٤/٨، وانظرها في قسم القواعد الفقهية.

(٦) حاشية ابن عابدين ١٤٥/٣.

شرح القاعدة:

الغُنْم: هو الفوز بالشيء من غير مشقة[١]، والغُرْم: أداء ما لزم[٢]، واللفظان متقابلان؛ فالغنم مكسب، والغرم مطلب ومعنى القاعدة: أن ما يكسبه الإنسان من غير مشقة من مال وغيره، هو مستحق بسبب ما يقابله من تحمل المغارم وأداء اللوازم وبيان ذلك: أن الشرع بنى حلية المكاسب التي لا تعب فيها ولا مشقة ولا سعي، على جعل الكاسب الغانم عرضة لتحمل ما يقابلها من المغارم وما يجب أداؤه بمقدار ما غنم، كالتاجر ـ مثلاً ـ إنما جاز له أن يغنم الربح بما يقابله من تحمل الخسارة فكل معاملة قامت على أساس تقبل الغنم دون تحمل الغرم هي باطلة، لأن الغنم لا يحل ولا يطيب إلا بالغرم، أي بتحمله إن كان موجبه، ولذلك جاء من صيغ القاعدة قولهم: «الغنم يتبعه الغرم»[٣] وقولهم: «النعمة بقدر النقمة»[٤] على أن النعمة بمعنى الغنم، والنقمة بمعنى الغرم وليس معنى هذا أن كل من أخذ الغنم وجب عليه الغرم فعلاً بل المقصود أن عليه أن يتحمل الغرم إن كان، وإلا فقد يغرم وقد لا يغرم إذا لم يقم سبب الغرم، كالتاجر قد لا تتعرض تجارته للخسارة ولكن العبرة بقبول المبدأ والاحتكام إليه.

وكما أن الغنم مستحق بالغرم، فإن الغرم مشروع تحمله بالغنم، وقد جاء في الصيغة الثانية من الصيغ الأخرى للقاعدة قولهم: «الغرم مقابل بالغنم» وليس بالضرورة أيضًا وجود الغنم فعلاً لتسويغ تحمل الغرم، بل يكفي ظن وقوعه.

وإذًا، فالغنم مستحق بالغرم، والغرم واجب بالغنم وهذا من عدل

---

(١) انظر: تهذيب اللغة مادة غنم، ولسان العرب مادة غنم.
(٢) انظر: تهذيب اللغة مادة غرم.
(٣) انظر: الصيغة الأولى من الصيغ الأخرى للقاعدة.
(٤) انظر: الصيغة الرابعة من الصيغ الأخرى للقاعدة.

الشريعة، حيث قابلت بين المغانم والمغارم، وبين ما للإنسان وما عليه فلا يستقيم فيها وجود غنم لا غرم فيه، لأنه محاباة، ولا وجود غرم لا غنم معه، لأنه ظلم ومن ثم فإن مال الربا ـ مثلاً ـ لا يحل لأنه غنم خالص لا يقابله غرم.

والقاعدة سارية التطبيق على معظم فروع الشريعة فهي من القواعد الكبيرة الواسعة التي اتفقت المذاهب الفقهية عليها بوجه عام[١]، وأعملتها في مجال العبادات[٢] والمعاملات، وتندرج فيها قاعدة «الخراج بالضمان»؛ لأن الغنم أعم من الخراج، والغرم أعم من الضمان، ولأن قاعدة الخراج بالضمان قاصرة ـ في تطبيقاتها ـ على جزءٍ من المعاملات المالية وهو رد المضمونات بعد استغلالها[٣]، مع استحقاق غلتها بضمانها.

أدلة القاعدة:

١- قوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾ [البقرة: ٢٣٣] استدل بها بعض الفقهاء على وجوب النفقة على كل ذي رحم محرم إذا كان صغيرًا فقيرًا، أو كانت امرأة بالغة فقيرة، أو كان ذكرًا بالغًا فقيرًا زمنًا أو أعمى، وذلك في مقابلة أنهم يورثون إذا تركوا مالاً فالنفقة عليهم عند قيام الحاجة غرم، يقابله إرث أموالهم، الذي هو غنم[٤].

٢- قوله تعالى: ﴿يَٰنِسَآءَ ٱلنَّبِيِّ مَن يَأْتِ مِنكُنَّ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ يُضَٰعَفْ لَهَا ٱلْعَذَابُ ضِعْفَيْنِ ۚ وَكَانَ ذَٰلِكَ عَلَى ٱللَّهِ يَسِيرًا ﴿٣٠﴾ ۞ وَمَن يَقْنُتْ مِنكُنَّ لِلَّهِ

---

(١) انظر: المصادر المحال عليها في نص القاعدة وصيغها الأخرى، وسيأتي في قاعدة "الخراج بالضمان" المتفرعة عنها، أن ابن الطلاع المالكي حكى الإجماع عليها.

(٢) من أمثلتها في العبادات أن وجوب الزكاة على الغني غرم يقابله نماء ماله وهو غنم.

(٣) أي رد ما كانت عليه اليد مما لو ضاع لكان على حساب صاحب اليد، وسيأتي بيان ذلك في محله من القاعدة.

(٤) انظر: فتح القدير لابن الهمام مع متن الهداية ٣/٣٧٨-٣٨٠، كشف الأسرار ٢٥/٢١٢.

وَرَسُولِهِۦ وَتَعۡمَلۡ صَٰلِحٗا نُّؤۡتِهَآ أَجۡرَهَا مَرَّتَيۡنِ وَأَعۡتَدۡنَا لَهَا رِزۡقٗا كَرِيمٗا ﴾ [الأحزاب: ٣٠-٣١].

وجه الاستدلال: أن تضعيف العذاب عليهن بالمعصية غرم يقابله تضعيف الثواب لهن بالطاعة وهو غنم وذلك لأنهن أزواج النبي ﷺ، نزل الوحي في بيوتهن، فنعم الله عليهن أكثر منها على غيرهن، فناسب أن يكون العصيان معها أجدر بعظم العقاب، وقد قال الله تعالى بعد ذلك: ﴿ وَٱذۡكُرۡنَ مَا يُتۡلَىٰ فِي بُيُوتِكُنَّ مِنۡ ءَايَٰتِ ٱللَّهِ وَٱلۡحِكۡمَةِ﴾ [الأحزاب: ٣٤] فدل على أن تضعيف العذاب عليهن بالمعصية لأجل عظم النعمة عليهن بتلاوة آيات الله في بيوتهن، ومن أجل ذلك عظمت طاعاتهن أيضًا بقوله تعالى: ﴿وَمَن يَقۡنُتۡ مِنكُنَّ لِلَّهِ وَرَسُولِهِۦ وَتَعۡمَلۡ صَٰلِحٗا نُّؤۡتِهَآ أَجۡرَهَا مَرَّتَيۡنِ﴾ [الأحزاب: ٣١] لأن الطاعة في استحقاق الثواب بها بإزاء المعصية في استحقاق العقاب بها فهو غرم بغنم، وغنم بغرم[(١)].

٣- حديث أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «لبن الدر يحلب بنفقته إذا كان مرهونًا، والظهر يركب بنفقته إذا كان مرهونًا، وعلى الذي يحلب ويركب النفقة»[(٢)]. وجه الاستدلال: أن انتفاع المرتهن بالرهن غنم يقابله غرم هو إنفاقه عليه[(٣)].

٤- حديث عائشة أن النبي ﷺ قال: «الخراج بالضمان»[(٤)]. وجه الاستدلال: أن إباحة غلة الشيء بضمان رقبته، هو نوع من مقابلة

---

(١) انظر: أحكام القرآن للجصاص ٣/٥٢٨.

(٢) رواه البخاري ٣/١٤٣ (٢٥١١)، (٢٥١٢) عن أبي هريرة رضي الله عنه.

(٣) انظر: عون المعبود ٩/٣١٩-٣٢٢.

(٤) سبق تخريجه.

الغنم بالغرم؛ لأن الغلة نوع من الغنم، والضمان نوع من الغرم فهذا الحديث دليل على جزء من أهم أجزاء القاعدة وأبرز مشمولاتها، وحجة لفرع من أوسع فروعها.

تطبيقات القاعدة :

١- لو وقف دارًا على سكنى شخص بعينه فإن العمارة عليه لأنه هو المنتفع بها والغرم بالغنم[١].

٢- لو وُجد قتيل في السجن لا يعرف قاتله فديته على بيت المال، لأن أهل السجن مقهورون فلا يتناصرون، فلا يتعلق بهم ما يجب لأجل النصرة، ولأن السجن بني لاستيفاء حقوق المسلمين، فإذا كان غنمه يعود إليهم، فغرمه يرجع إليهم[٢].

٣- مؤنة كري النهر المشترك على الشركاء جميعًا من أول النهر إلى آخره بالحصص، لأن كل واحد منهم ينتفع بالأسفل كما ينتفع بالأعلى ولهذا يستوون في استحقاق الشفعة به فإذا استووا في الغنم وجب أن يستووا في الغرم[٣].

٤- أجرة رد العارية على المستعير، لأنه قبضها لمنفعة نفسه، وردها واجب عليه، فكان عليه مؤنة الرد، لأن الغرم بالغنم[٤].

٥- القاتل[٥] إذا لم يكن له عاقلة فالدية في بيت المال، لأن جماعة

---

(١) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٤/٢٦٦.
(٢) انظر: حاشية الشلبي ٧/٣٥٨.
(٣) انظر: حاشية الشلبي ٧/٩٠.
(٤) انظر: البناية للعيني ٩/١٩١- ١٩٢.
(٥) المراد هنا القاتل خطأ لا عمدًا؛ لأن العاقلة إنما تتحمل الدية في القتل الخطأ، والمراد بالعاقلة عصبة القاتل الذين يرثونه لو مات.

المسلمين هم أهل نصرته، وليس بعضهم أخص من بعض بذلك، ولهذا إذا مات كان ميراثه لبيت المال، فكذا ما يلزمه من الغرامة يلزم بيت المال، لأن الغرم بالغنم[١].

٦- نفقة اللقيط من بيت المال، لأنه مسلم عاجز عن التكسب، ولا مال له ولا قرابة، ولأن ميراثه لبيت المال فالغرم بالغنم[٢]. وهذا من صور الضمان الاجتماعي في الإسلام.

٧- النفقة واجبة على الزوج لزوجته، لأنها محبوسة بحبس النكاح حقًا له ممنوعة من الاكتساب بحقه، فكان حبسها عائدا إليه، فوجب عليه مقابل ذلك كفايتها، غنمًا بغرم[٣].

٨- ذهب عثمان بن عفان رضي الله عنه إلى أنه يرد على الزوجين أيضًا[٤]؛ لأن الفريضة لو دخلها نقص بالعول[٥] عالت على الكل، فوجب أن يكون ضده من الزيادة للكل، ليكون الغنم بالغرم[٦].

٩- في القتل الخطأ يجب على العاقلة أن تتحمل الدية مع القاتل، لأنها

---

(١) البناية للعيني ١٠/٣٩٩.

(٢) اللباب للميداني ١/٢٠٥، وكشف الحقائق لعبد الحكيم الأفغاني ١/٣٢٩-٣٣٠.

(٣) انظر: حاشية ابن عابدين ٣/١٤٥.

(٤) المراد بالرد عند الفقهاء أن يعطى ذوو الفروض فروضهم وتبقى عنهم في التركة بقية لا وارث لها، فإنها ترد عليهم بقدر حصصهم في الإرث وقد ذهب أكثر الفقهاء إلى أن الزوجين لا يرد عليهما، لأنهما لا يتوارثان بالقرابة، بل بالزوجية والرد إنما يكون لذوي القرابة والرحم، لقوله تعالى في آخر سورة الأنفال ﴿وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَٰبِ ٱللَّهِ﴾ [الأنفال- آية ٧٥].

(٥) المراد بالعول عند الفقهاء عكس الرد، وهو أن تزيد الفريضة على أصلها زيادة تنعكس على الورثة بالنقصان، ومن هنا يتضح أن مذهب عثمان رضي الله عنه في الرد على الزوجين هو من باب قاعدة الغنم بالغرم، لأن الرد غنم يقابله أن العول غرم.

(٦) حاشية الشلبي ٧/٥٠٢.

ترثه لو مات، فإرث العاقلةِ القاتلَ غنم يقابله تحملها الدية معه وهو غرم[١].

١٠- من عجز عن الكسب ولا مال له ولا عائل، كالشيخ الكبير الفقير العاجز، والفقير المريض مرضًا مزمنًا، والأعمى، والأشل، وغيرهم ممن لا يمكنه الاكتساب، فإن نفقة هؤلاء تجب في بيت المال، لأنه لو مات أحدهم عن تركة لا وارث لها، لكانت لبيت المال، فوجب على بيت المال أن ينفق عليهم حيث لا مال لهم؛ لأن الغنم بالغرم، وهذا من صور الضمان الاجتماعي في الإسلام[٢].

د. محمد الروكي

* * *

(١) انظر: المفصل لزيدان ٥/٢٢.

(٢) انظر: المفصل لزيدان ٤/٢٨٠.

رقم القاعدة: ٨٦٤

نص القاعدة: الخَرَاجُ بالضَّمان[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- ملك الخراج بضمان الأصل[٢].

٢- الغلة بالضمان[٣].

٣- كل من أخذ خراجًا من شيء في ضمانه فخراجه له[٤].

٤- الغلة والخراج بالضمان[٥].

٥- من عليه التَّوَى فله النَّما[٦].

---

(١) نص حديث شريف رواه أحمد ٢٧٢/٤٠ (٢٤٢٢٤)، وأبو داود ١٨٣/٤ (٣٥٠٢)، والترمذي ٥٨٢/٣ (١٢٨٦)، والنسائي ٢٥٤/٧ (٤٤٩٠)، وابن ماجه ٧٥٤/٢ (٢٢٤٣) من حديث عائشة رضي الله عنها، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح غريب.
وانظر التجريد للقدوري ١٤٨٠/٣، النوادر لابن أبي زيد ٣٤٤/١٠، التمهيد لابن عبد البر ٢٨١/١٢، شرح معاني الآثار للطحاوي ٢١/١٤، المحلى لابن حزم ٢٥٠/٥، المبدع لابن مفلح ١٨٥/٥-٢٢٠، الحاوي للماوردي ٢٦٨/٧، اللباب للميداني ١٦٨/١، منهج الطالبين للرستاقي ١٧٥/١٤، حاشية الروض لابن القاسم ٤٢٨/٤-٤٨٢، السيل الجرار للشوكاني ١٠٦/٣-١٠٧، شرح النيل لأطفيش ٥٣٤/٨

(٢) غمز عيون البصائر للحموي ٤٣١/١.

(٣) السيل الجرار للشوكاني ١٠٥/٣، التمهيد لابن عبد البر ٢٨١/١٢.

(٤) مختصر الجصاص ١٦٨/١.

(٥) الكافي لابن عبد البر ٤٥٥/٢.

(٦) البهجة للتسولي ٣٥٢/٢، ومعنى التوى الهلاك والضياع، والنما أصله النماء وهو الزيادة فمعنى هذه الصيغة أن من كان عليه ضياع الشيء وهلاكه، فله نماؤه وغلته.

قواعد ذات علاقة:

الغنم بالغرم[١]. (أعم).

شرح القاعدة:

خراج الشيء: غلته ومنفعته وريعه وفائدته وكل ما يتولد منه والضمان هنا بمعنى تحمل كلفة التلف والخسارة والنقص.

ومعنى القاعدة: أن خراج الشيء يكون لمن إذا تلف ذلك الشيء كان على ضمانه وحسابه واعتبر تلفه من ملكه فهذا الذي عليه ضمان ما بيده، وتحمل تلفه وضياعه إن وقع، له في مقابل ذلك خراجه وغلته ما دام بيده، لأن يده يد ضمان، فاستحق بذلك الخراجَ؛ فالمبيع إذا قبضه المشتري ثم رده لقيام العيب به، كان خراجه له، لأنه لو ضاع وهو في يده لكان على ضمانه وتحمله.

ومفهوم القاعدة أن من لم يكن عليه الضمان لم يكن له الخراج، كالمشتري إذا لم يقبض المبيع، بأن تركه في يد البائع بإجارة أو تركه عنده بمساقاةٍ فإنه لا غلة للمشتري لأنه لم ينتقل ضمانه إليه، والخراج إنما يستحق بالضمان[٢] وكالوارث إذا استغل عقار الميت زمانًا ثم قام عليه ناظر الأحباس بالوصية، أو بأن ذلك العقار حبسه مورثهم، ونحو ذلك، فإنه يلزمه رد الغلة؛ لأنه لا ضمان على الوارث، والخراج إنما يكون بالضمان[٣].

وهذه القاعدة متفرعة عن قاعدة: «الغنم بالغرم»؛ لأن الخراج نوع من الغنم، والضمان نوع من الغرم وهي نص حديث ورد عن النبي ﷺ أن رجلاً ابتاع غلامًا فاستغله ثم وجد به عيبًا فرده بالعيب، فقال البائع: يا رسول الله قد

---

(١) الذخيرة للقرافي ٤٨/٩، المبسوط للسرخسي ١٤٨/٨، وانظرها في قسم القواعد الفقهية.
(٢) البهجة للتسولي ٦١/٢.
(٣) البهجة للتسولي ٢٣٨/٢.

استغل غلامي فقال ﷺ: «الخراج بالضمان»[١] أي: الخراج مستحق بسبب الضمان.

وتسري القاعدة على كثير من عقود المعاوضات والمعاملات المالية التي يكون فيها رد ما كان تحت اليد مع استحقاق خراجه قبل رده، بسبب ضمانه لو ضاع أو هلك قبل الرد.

وهي محل اتفاق بين المذاهب الفقهية[٢]، حتى إن بعض الفقهاء حكى الإجماع عليها[٣] وهذا الاتفاق الحاصل في أصل القاعدة، لا يعارضه ما وقع في بعض فروعها من خلاف في اندراجها أو عدم اندراجها فيها، كغلة المغصوب هل يضمنها الغاصب أو لا يضمنها[٤]، فذهب أبو حنيفة إلى أنه لا يضمنها عملا بالقاعدة[٥] وذهب الشافعي وأحمد والإباضية إلى أنه يضمنها[٦] وعلى هذا فهذا الفرع خارج عن القاعدة وداخل في عموم قول النبي ﷺ: «ليس لعرق ظالم حق»[٧]. وقد نقل عن الإمام مالك في هذه المسألة الروايتان معًا[٨] وقد وجد

(١) سبب الورود هذا رواه أبو داود ٤/١٨٤ (٣٥٠٤)، وابن ماجه ٢/٧٥٤ (٢٢٤٣)، والحاكم ٢/١٨ (٢١٧٦) وصححه ووافقه الذهبي.

(٢) حاشية الروض لابن القاسم ٤/٤٢٨-٤٨٢، التمهيد لابن عبد البر ١٢/٢٨١، الحاوي للماوردي ٧/٢٦٨، المبدع لابن مفلح٥/١٨٥-٢٢٠، المحلى لابن حزم ٥/٢٥١، اللباب للميداني١/١٦٨، منهج الطالبين للرستاقي ١٤/١٧٥، السيل الجرار للشوكاني ٣/١٠٦-١٠٧.

(٣) انظر: الأقضية لابن الطلاع ١/١٥٢.

(٤) أي غلة المغصوب هل هي للغاصب بضمانه للمغصوب، فينبني على ذلك أنه لا يضمنها عند رد المغصوب أم هي للمغصوب منه، فينبني على ذلك أن الغاصب يضمنها كما يضمن الأصل المغصوب.

(٥) انظر: تأسيس النظر للدبوسي ص ٦٢.

(٦) انظر: تخريج الفروع على الأصول للزنجاني ص ٢٢٥، المغني لابن قدامة ٣/٣٨٣، شرح النيل لأطفيش ٩/٢١٦.

(٧) رواه أبو داود ٣/٥١٠ (٣٠٦٨)، والترمذي ٣/٦٦٢-٦٦٣ (١٣٧٨)، والنسائي في الكبرى ٥/٣٢٥ (٥٧٢٩) من حديث سعيد بن زيد بن عمرو بن نفيل رضي الله عنه، وقال الترمذي: حديث حسن غريب.

(٨) انظر: الكافي لابن عبد البر ص ٤٣٠، والبيان والتحصيل لابن رشد ١٨/٢٥٢-٢٦٢.

بعض فقهاء المالكية في القول بأن غلة المغصوب للغاصب بضمانه ـ عملاً بالقاعدة ـ مخرجًا شرعيًّا للأكل من طعامٍ يُظَنُّ أنه مغصوب؛ فقد حكى أبو عبد الله القوري رحمه الله تعالى أن السلطان أبا الحسن المريني دعا فقهاء وقته إلى وليمة، وكانوا أهل علم ودين، فكان فيهم من قال: أنا صائم، ومنهم من أكل وقلل، ومنهم من أكل الغلات كالسمن فقط، ومنهم من شمر للأكل بكله، ومنهم من قال هاتوا من طعام الأمير على وجه البركة فإني صائم فسألهم الشيخ وأظنه أبا إبراهيم الأعرج عن ذلك، فقال الأول: طعام شبهة تسترت منه بالصوم كما ورد، وقال الثاني: كنت آكل مقدار ما أتصدق لأنه مجهول الأرباب والمباشر كالغاصب وقال الثالث: أعتمد القول بأن الغلات للغاصب إذ الخراج بالضمان[1].

أدلة القاعدة :

١- تقدم أن صيغة هذه القاعدة هي نص حديث وروي أيضًا بلفظ: «الغلة بالضمان»[2].

٢- تقدم أيضًا أن ابن الطلاع حكى الإجماع على أن الغلة بالضمان[3].

٣- يستدل لها أيضًا بقاعدة: «الغنم بالغرم» وأدلتها، لأنها متفرعة عنها، ودليل الأصل دليل لفرعه.

---

(١) فتح العلي المالك لعليش ٢/ ٢٧٢.

(٢) رواه الإمام أحمد ٤١/ ٥٩، ٣٤٤ (٢٤٥١٤) (٢٤٨٤٧)، والبيهقي في السنن الكبرى ٥/ ٣٢٢ من حديث عائشة رضي الله عنها.

(٣) الأقضية لابن الطلاع ١/ ١٥٢.

تطبيقات القاعدة :

١- من اشترى دارًا ثم استحقت وقد استغلها أو سكنها، فليس عليه رد ما استغل منها، ولا كراء عليه في سكناها لأن ضمانها قبل الاستحقاق كان عليه، فله مقابل ذلك خراجها[١].

٢- المودَع إذا تجر بالوديعة كان الربح له، لأن ضمان الوديعة عليه فكان له خراجها[٢].

٣- من اشترى أرضًا، ثم تبين أنها محبَّسة، فسخ شراؤه، وله ما استغل منها؛ لأن الضمان عليه، فله الخراج[٣].

٤- إذا سكن الوارث في الدار الموروثة، أو زرع في الأرض الموروثة، ثم طرأ أخ له لم يكن يعلم به، فليس لهذا الأخ الطارئ أن يرجع على أخيه بنصيبه في السكنى أو الزرع لأن الخراج بالضمان[٤].

٥- من وهب له مال من واهب تعدى على مال غيره، وكان الموهوب له عالمًا بذلك، تنزل منزلته في استحقاقه خراج العين الموهوبة بضمانها[٥].

٦- إذا اكترى إنسان أرضًا لمدة، فبنى فيها أو غرس أو زرع، ثم استُحقت

---

(١) انظر: الكافي لابن عبد البر ٢/٧١١.

(٢) انظر: البهجة للتسولي ٢/٢٨٠، وإنما كان الضمان على المودَع في هذا المثال، لأنه تجر بها، فإذا ضاعت كانت على ضمانه، لأنه بالاتجار بها صار في حكم مالكها، فله خراجها وعليه ضمان رقبتها

(٣) انظر: البهجة للتسولي ٢/٢٣٦، شرح النيل لأطفيش ٨/٥٣٤.

(٤) انظر: الذخيرة للقرافي ٩/٣٦، وعدم رجوع الأخ الطارئ على الأول بنصيبه في السكنى أو الزرع، وصفه القرافي بأنه الأحسن، عملاً بقاعدة الخراج بالضمان، وعبارته هذه تفيد جواز الرجوع في القول المقابل للأحسن.

(٥) انظر: النوازل للوزاني ٢/١٦١.

قبل تمام المدة، فله غلتها إلى يوم الاستحقاق، وللمستحق إجارة بقية المدة وأخذ حصة الكراء من ذلك اليوم[١].

٧- من اكترى كراءً فاسداً فسخ عقد الكراء، ولا غلة له، لأنه لا ضمان عليه لفساد العقد، والخراج إنما يكون بالضمان[٢].

٨- الشريك في شركة الأعمال يستحق نصيبه من الربح ولو لم يعمل - لمرض أو سفر - وذلك بسبب ضمانه للعمل[٣].

٩- لو رد المشتري على البائع سيارة أجرة بخيار العيب بعد أن استعملها مدة أسبوع، لا تلزمه أجرة تلك المدة، لأنها لو تلفت في يده كان ضمانها عليه فله غلتها مقابل ضمانها[٤].

استثناءات من القاعدة:

يستثنى من القاعدة مسألة رد المُصَرَّاةِ (وهي الشاة يمسك البائع عن حلبها ليوهم المشتري أن ضرعها حافل باللبن)، فإن للمشتري ردها بعيب التصرية، لكن مع صاعٍ من تمر، لورود الحديث في ذلك وهو قول النبي ﷺ: «لا تصروا الإبل والغنم، فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها: إن رضيها أمسكها، وإن سخطها ردها وصاعًا من تمر»[٥].

دكتور محمد الروكي

* * *

---

(١) انظر: الذخيرة للقرافي ٩/٣٥.

(٢) انظر: شرح الخرشي ٥/٥٩.

(٣) انظر: القواعد والضوابط لابن المبرد ص٣١٥.

(٤) انظر نظيره في القواعد والضوابط لابن المبرد ص٣١٥.

(٥) رواه البخاري ٣/٧٠ (٢١٤٨)، (٢١٥٠)، (٢١٥١)، ومسلم ٣/١١٥٥ (١٤١٢)/(١١)، و١١٥٨/٣-١١٥٩(١٥٢٤) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

رقم القاعدة: ٨٦٥

نص القاعدة: تَأْكِيد مَا كَان على شَرَف السُّقُوط يَجْرِي مَجْرَى الإتْلَاف في إِيجَاب الضَّمَان[(١)].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- المقرِّر كالموجِب[(٢)].

٢- على المؤكد ما على الموجب[(٣)].

٣- للتقرير حكم الإيجاب[(٤)].

٤- للتأكيد حكم الإيجاب[(٥)].

٥- التقرير كالابتداء في حق التضمين[(٦)].

٦- المؤكد للواجب في معنى الواجب[(٧)].

---

(١) ترتيب اللآلي لناظر زاده ١/٤٧٣، ووردت بلفظ: "تأكد ما هو على شرف السقوط يجري مجري الإتلاف" في فتح القدير لابن الهمام ٣/٤٥٩.

(٢) المبسوط للسرخسي ٦/٢٧٠.

(٣) العناية شرح الهداية للبابرتي ٩/٢٥٢، فتح القدير لابن الهمام ٧/٤٥٤.

(٤) تبيين الحقائق للزيلعي ٥/٢٣٢، ٤/٢٤٨.

(٥) المصدر السابق ذات الموضعين، وانظر: العناية شرح الهداية للبابرتي ٩/٢٥٢، ووردت بلفظ: "للمؤكد حكم الموجب" في بدائع الصنائع للكاساني ٦/٢٨٨، شرح المجلة للأتاسي ٥/٣٦٦.

(٦) العناية شرح الهداية ٣/١٠٠.

(٧) بدائع الصنائع للكاساني ٦/٢٨٨.

قواعد ذات علاقة :

المباشر ضامن وإن لم يتعدّ، والمتسبب لا إلا إذا كان متعديا[١]. (مكملة).

شرح القاعدة :

(ما يكون على شرف السقوط). هو كل ما يكون محتملا للسقوط سواء أكان هذا الاحتمال قريبا أم بعيدا، فمادام هناك احتمال لسقوطه ولو بعد حين أو في صورة أو حالة ما فإنه يكون على شرف السقوط كالدار لا يثبت لمشتريها الملك مع وجود الشفيع حتى ولو قبضها؛ إذ ملكه على شرف السقوط ولا يتم له الملك إلا بترك الشفيع شفعته، وكصداق المرأة قبل الدخول، فإنه على شرف السقوط إذ ربما تقع الفرقة من قِبَلها فلا تستحقه أو يطلقها زوجها فترد إليه نصفه.

فمعنى القاعدة: أن ما كان مشرفًا على السقوط بحيث يحتمل أن لا يضمنه صاحبه ولا يتعلق بذمته في صورة من الصور، فإنه إذا صدر من قِبَل شخص آخر تصرفٌ يقرره في ذمته ويوجبه عليه على كل حال، بحيث لا يُتصور سقوطه فلا يكون بهذا التصرف مشرفا على السقوط كما كان – فإن على هذا الشخص الضمان من جراء تصرفه ذلك؛ حيث أوجب على الآخر ما كان يمكن أن يسقط عن ذمته؛ كما لو أُكره رجل على أن يطلق امرأته فطلقها قبل الدخول فإن المكرِه له يضمن نصف المهر – وهو الواجب على مَن طلق امرأته قبل الدخول؛ لأن نصف المهر هذا كان على شرف السقوط؛ إذ كان من الممكن أن يسقط عنه بوقوع الفرقة من جهة المرأة كارتدادها مثلا، وقد لزِمه ذلك بالطلاق فكان كما

---

(١) مجمع الضمانات لابن غانم ص ١٤٦ وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "المباشر ضامن وإن لم يتعمد والمتسبب لا إلا أن يتعمد".

لو أتلف له المكره هذا المال فيضمنه بذلك[١].

وبهذا يتبين أن الضمان الوارد في القاعدة خاص بما كان على شرف السقوط.

وقد عبر عن معنى القاعدة كثير من الصيغ الأخرى لها مستعملة لفظتي التقرير والإيجاب، والمراد بالتقرير: التأكيد، وبالإيجاب الإلزام، ومن هذه الصيغ: «المقرِّر كالموجِب» «للتقرير حكم الإيجاب» «التقرير كالابتداء في حق التضمين» إلى غير ذلك من صيغ.

والقاعدة قد أكثر الحنفية من صيغها وتطبيقاتها، ولا نكاد نجد لها ذكرًا عند غيرهم، وهي إحدى قواعد الضمان.

أدلة القاعدة:

يستدل للقاعدة بقياس المقرر للضمان على الموجب له بجامعِ حصول الأثر ووقوعه؛ فيكون كمن تسبب في إيجاب الضمان على غيره ابتداء.

تطبيقات القاعدة:

١- المحرِم إذا أخذ صيدًا فقتله آخر في يده يلزم الآخذ الجزاء ثم يرجع به على القاتل؛ لأنه قرر عليه ما كان على شرف الزوال بالتسبيب، وللتقرير حكم الإيجاب[٢].

٢- إذا أكره رجل آخر على الطلاق قبل الدخول وجب على الزوج نصف المهر، ورجع به على المكرِه؛ إذ على المؤكد ما على الموجب[٣].

---

(١) انظر: البحر الرائق لابن نجيم ٨/٨٧.

(٢) تبيين الحقائق للزيلعي ٤/٢٤٨.

(٣) شرح فتح القدير لابن الهمام ٧/٤٩٠.

٣- إذا شهد شاهدان على رجل بأنه طلق امرأته قبل الدخول بها ثم رجعا عن شهادتهما، ضمنا للزوج نصف المهر؛ لأنهما أكدا ما كان على شرف السقوط، وللتأكيد حكم الإيجاب، فصار كأنهما أوجبا عليه[1].

عبد الناصر حمدان بيومي

* * *

(١) تبيين الحقائق للزيلعي ٢٤٨/٤، العناية شرح الهداية للبابرتي ٢٥٢/٩، شرح فتح القدير لابن الهمام ٤٥٩/٣.

المجموعة الثالثة: القواعد الفقهية الوسطى

الزمرة الثالثة: قواعد في الضمان

ثانيًا: قواعد في مسقطات الضمان



رقم القاعدة: ٨٦٦

نص القاعدة: الجَوَازُ الشَّرْعِي يُنَافِي الضَّمانَ [(١)].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- الجواز الشرعي المطلق ينافي الضمان[(٢)].

٢- لا ضمان على من فعل ما يجوز[(٣)].

٣- لا يجتمع الضمان والجواز[(٤)].

٤- لا ضمان على من فعل ما أبيح له فعله إلا أن يوجب ذلك نص أو إجماع[(٥)].

---

(١) درر الحكام شرح غرر الأحكام لملا خسرو ٢٨٩/٢، الدر المختار للحصكفي ٥٢٣/٥، حاشية ابن عابدين ٣٣٨/٧، المجلة -وشروحها- المادة٩١، المدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقا ١٠٣٢/٢، نظرية الضمان للزحيلي ص ٢٢، وفي لفظ: "جواز الشرع ينافي الضمان" ترتيب اللآلي لناظر زاده ٦٠٩/١، مجامع الحقائق (الخاتمة) ص ٤٥، منافع الدقائق ص ٣١٨ وانظر: سائر مصادرها في الموضع نفسه من ترتيب اللآلي/الهامش.

(٢) المدخل الفقهي العام ١٠٣٦/٢.

(٣) المعيار المعرب للونشريسي ٢٦٨/٢ وانظر أيضًا: النوازل للوزاني ٥٤٢/٥ وفي لفظ: "كل من فعل ما يجوز له فعله فتولد منه تلف لم يضمن" القوانين الفقهية لابن جزي ص ٣٥٠ وفي لفظ آخر: "من فعل ما وجب عليه أوندب إليه لم يلزمه ضمان ما تولد منه" إعلام الموقعين لابن القيم ٤٣/٢.

(٤) تحرير المجلة لكاشف الغطاء ٥٨/١.

(٥) المحلى لابن حزم ٩/١١ وفي لفظ: "لا ضمان لما تلف بسبب فعل مباح" مجلة الأحكام الشرعية ص ٤٤٩ المادة ١٤٤٢.

٥- من فعل ما له فعله فلا يكون متعديًا[١].

٦- الفعل في محل مباح لا يكون سبب وجوب الضمان[٢].

قواعد ذات علاقة:

١- المتولد من مأذون فيه لا أثر له، بخلاف المتولد عن منهي عنه[٣]. (أعم).

٢- الأصل أن الواجب لا يتقيد بوصف السلامة والمباح يتقيد به[٤]. (أخص).

٣- كل موضوع بحق إذا عطب به إنسان فلا ضمان على واضعه[٥]. (فرع).

٤- قتل مباح الدم لا يوجب ضمانه[٦]. (فرع).

٥- ما لا يمكن الاحتراز عنه فليس بمضمون[٧]. (فرع).

٦- إذن المالك في التصرفات يسقط الضمان[٨]. (قسيمة).

---

(١) حاشية الشلبي ٧/١٣٣ (بتصرف يسير).

(٢) المبسوط للسرخسي ٩/٦٣.

(٣) المنثور ٣/١٦٣، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٤) انظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٥) الفرائد البهية ص ١٣٨.

(٦) المبسوط ١٠/٦٤.

(٧) تحفة الفقهاء ٣/١٢٣ وانظر أيضًا: فتاوى قاضيخان ٢/٢٤٦، مجمع الضمانات ١/٣٧٧، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "ما لا يمكن الاحتراز عنه فلا ضمان فيه".

(٨) الفروق للقرافي ١/١٩٥.

٧- من أتلف شيئًا لدفع أذاه له لم يضمنه ، وإن أتلفه لدفع أذاه به ضمنه ضمنه[١]. (مقيدة).

٨- من أتلف شيئًا عمدًا بغير حق لزمه الضمان[٢]. (مقابلة).

شرح القاعدة :

المراد بالجواز الشرعي هو إباحة الشرع وإذنه المطلق، سواء أكان فعلاً أو تركًا.

والمراد بالضمان في هذه القاعدة تحمل المسؤولية والضمان المالي، تعويضًا عن ضرر لحق غيره (ضمان العدوان)، وذكر الفقهاء له تعريفات متعددة، ولعل أوجزها وأوضحها تعريف الشيخ مصطفى الزرقا – رحمه الله تعالى: «الضمان: هو التزام بتعويض مالي عن ضرر الغير»[٣].

هذه القاعدة من أهم القواعد المنظمة لأحكام الضمان في الشريعة الإسلامية، معتد بها عند جميع الفقهاء في الجملة.

ومعناها: أن ما جاز فعله أو تركه بإذن الشرع، لا يتحمل صاحبه المسؤولية عما صدر عنه، وعما ترتب على فعله من ضرر بغيره، فالإنسان لا يؤاخذ بفعل ما جاز له فعله، وإذن الشارع يمنع المؤاخذة بما أذن فيه، ويسقط الضمان وتحمل ما أصاب الغير من الضرر المترتب على فعله أو تركه للمأذون فيه[٤]، وقد عبر بعضهم عن هذا المعنى بقوله: «ما حصل مفعولاً بإذن الشرع

---

(١) القواعد لابن رجب ص ٣٦، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٢) قواعد الأحكام ٢/ ١٦٤ وانظر أيضًا: التجريد للقدوري ١٠/ ٥٣٦٨، الذخيرة ٩/ ١٧.

(٣) المدخل الفقهي العام ٢/ ١٠٣٥ وانظر: سائر تعريفاته في نظرية الضمان للزحيلي ص١٤، ١٥.

(٤) انظر: شرح الأتاسي ١/ ٢٥١، المدخل الفقهي العام ٢/ ١٠٣٥، شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٤٤٩، الوجيز في شرح القواعد الفقهية لعبد الكريم زيدان ص١٤٧.

كأنه حصل مفعولاً بإذن من له الولاية»[١]. ومفهوم القاعدة: أن «من أتلف شيئًا عمدًا بغير حق لزمه الضمان».

والشريعة الإسلامية إنما أقرت مبدأ التضمين للحفاظ على حرمة أموال الآخرين وحقوقهم وأنفسهم، وقمعًا للعدوان، ولجبران ودفع الضرر والخسران عن المتلف عليه، وإحياء حقه[٢]، فالأساس في وجوب الضمان هو القاعدة المشهورة: «الضرر يزال» لكن هذه القاعدة مقيدة بشرط أن يكون الضرر ناشئًا عن التعدي، أي عمل غير مباح ولا مأذون فيه شرعًا، فلا يكون جبران الضرر بوجوب الضمان في الحالات التالية:

١- أن يكون الضرر ناشئًا عن عمل مأذون فيه شرعًا، فما يترتب عليه من الضرر يكون هدرًا لا ضمان على فاعله، وسواء أكان الجواز من الشارع ابتداءً، مثل إقامة الحدود والقصاص من قبل ولي الأمر، أو كان بحكم عقد مشروع مثل عمل الفصاد والحجام والختان[٣].

٢- أن يكون الإذن في الفعل صادرا من ولي الأمر، فيما تجوز طاعته فيه.

٣- أو كان أمرًا بإتلاف من صاحب الحق نفسه.

٤- أو كان الفعل ناتجًا عن استعمال وممارسة الحق بدون تعسف.

ففي هذه الحالات الأربع لا يكون الفعل مستوجبًا للضمان، بل إن الأثر المترتب عليه يكون هدرًا[٤].

---

(١) تأسيس النظر ص ٤٠.

(٢) انظر: المبسوط ١٦/١٧٩، ٢٤/٢٦، الهداية ٣/٢٨٠.

(٣) انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية ٢/٣٨٦.

(٤) انظر: نظرية الضمان ص ٢٠.

لكن هذه القاعدة ليست على إطلاقها، بل هي مقيدة بأن يكون الجواز الشرعي جوازًا مطلقًا، فلو كان جوازًا مقيدًا بشرط السلامة، أو بشرط حفظ حقوق الآخرين، وجب الضمان، كما نصت على ذلك القاعدة الأخرى: «المباح مقيد بشرط السلامة»، على تفصيل وخلاف بين الفقهاء فيما يتقيد بشرط سلامة العاقبة، وما لا يتقيد به[١]، ولم نقف على ضابط عام في ذلك، لكن من خلال تتبع أقوال الفقهاء وتعليلاتهم للفروع الفقهية يمكن استخلاص بعض الضوابط لما تشترط فيه سلامة العاقبة[٢]، فمن ذلك:

قولهم: «ما يكون حقًّا للجماعة يباح لكل واحد استيفاؤه بشرط السلامة؛ لأن حقه في ذلك يمكنه من الاستيفاء ودفع الضرر عن الغير واجب عليه فيقيد بشرط السلامة ليعتدل النظر من الجانبين»[٣].

ومن ذلك أيضًا أن يكون الانتفاع بالمباح من أجل منفعة نفسه خاصة[٤].

وعلى ذلك، فمن سار في الطريق العام فأصاب شيئًا بنفسه أو بدابته أو بسيارته فإنه ضامن له، وكذلك لو حفر حفرة في الطريق العام بدون إذن الحاكم فتلف بها شيء يكون الحافر ضامنًا؛ لأن الانتفاع بالطريق العام وإن كان مباحًا إلا أن هذه الإباحة مقيدة بشرط سلامة الآخرين ومن ذلك أيضًا ما ذهب إليه فقهاء الشافعية من أن التعزير من الإمام والمعلم والزوج ونحوه مضمون وإن كان بصفة مباحة وإن لم يحصل تعدٍّ؛ لأن المأذون فيه مقيد بشرط سلامة العاقبة[٥].

---

(١) انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية ٣/٣٨٧.

(٢) انظر: تفصيل ذلك في قاعدة "الأصل أن الواجب لا يتقيد بوصف السلامة والمباح يتقيد به" في قسم القواعد الفقهية.

(٣) المبسوط للسرخسي ٢٦/١٨٨.

(٤) انظر: ما يفيد ذلك في البحر الرائق ٥/٥٣، التشريع الجنائي في الإسلام لعبد القادر عودة ٢/٧١.

(٥) انظر: المنثور ٢/٢١٨، و٣٣١، ٣/١٦٣.

وكذلك لو أكل المضطر طعام الغير لدفع الهلاك عن نفسه، أو ما إذا نشب حريق في دار جاره فهدمها- بغير إذن صاحبها وبغير إذن ولي الأمر - حتى ينقطع الحريق عن داره هو، لزمه الضمان في المسألتين؛ لأنه وإن كان مضطرًا وجائزًا له ما فعل، إلا أن هذا الجواز مقيد شرعًا بحفظ حقوق الآخرين، فالاضطرار لا يبطل حق الغير[1]. وهذا ما عبر عنه العلامة ابن رجب بقوله: «من أتلف شيئًا لدفع أذاه له لم يضمنه، وإن أتلفه لدفع أذاه به ضمنه»، إلا أن الحنفية استثنوا من سقوط الضمان ما إذا كان المؤذي الصائل صبيًّا أو مجنونًا أو دابة فقتله المعتدى عليه تجب دية الصبي أو المجنون، وكذلك تجب قيمة الدابة على القاتل عندهم[2].

وهذه القاعدة متفرعة من القاعدة القائلة: «المتولد من الفعل المأذون فيه لا يكون مضمونًا»[3]؛ لأن الإذن إما أن يكون من قبل الشارع، وإما أن يكون من قبل المكلف، ومع أن كليهما مسقط للضمان شرعًا، إلا أن عامة استعمال الفقهاء لهذه القاعدة خاص بإذن الشارع، أما إذن المكلف فوضعوا لها القاعدة الأخرى: «إذن المالك في التصرفات يسقط الضمان»[4]، فعلى ذلك تكون هذه القاعدة قسيمة للقاعدة التي بين أيدينا.

وهي محل اتفاق بين الفقهاء من حيث الجملة، مع وجود اختلاف في بعض المسائل سببه اختلافهم في تفاصيل قيديها: أن لا يكون الفعل مشروطًا بسلامة العاقبة وأن لا يكون إتلاف مال الغير لمنفعة نفسه، فمن الاختلاف في

---

(١) انظر: شرح الأتاسي ٢٥٢/١، شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٤٤٩، المدخل الفقهي العام ١٠٣٦/٢، الوجيز في شرح القواعد الفقهية لعبد الكريم زيدان ص ١٤٨، نظرية الضمان ص٢١٣.

(٢) انظر: نظرية الضمان ص ٢٠/الهامش.

(٣) بدائع الصنائع ٣٠٥/٧.

(٤) انظر: القواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي للدكتور حمد الهاجري ٥٨٥/٢- كنوز إشبيليا - الرياض - الطبعة الأولى ١٤٢٩هـ.

الأول تضمين المؤدِّب إذا هلك عن فعله المعتاد هلاك المؤدَّب عند الشافعية، ومن الثاني عدم تضمين المضطر إذا أكل مال غيره - إن لم يكن له مال حاضر - عند الظاهرية، كما هو مفصل عند قاعدة «الاضطرار لا يبطل حق الغير»، والله تعالى أعلم.

أدلة القاعدة:

١- حديث يعلى بن أمية رضي الله عنه قال: أتى النبيَّ ﷺ رجلٌ وقد عضّ يد رجل فانتزع يده فسقطت ثنيتاه يعني الذي عضه، قال: فأبطلها النبي ﷺ وقال: «أردت أن تقضمه كما يقضم الفحل؟!»[١].

٢- عن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال: جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله أرأيت إن جاء رجل يريد أخذ مالي؟ قال: «فلا تعطه مالك» قال: أرأيت إن قاتلني؟ قال: «قاتله» قال: أرأيت إن قتلني؟ قال: «فأنت شهيد» قال: أرأيت إن قتلته؟ قال: «هو في النار»[٢].

وجه الدلالة من الحديثين أن رسول الله ﷺ أهدر ضمان المعتدي، ولم يوجب على من كان يدافع عن نفسه أو ماله شيئًا[٣]، وما ذاك إلا لأن الاعتداء يجوز دفعه شرعًا، فأهدر ما ترتب عليه.

٣- عن أبي هريرة - رضي الله عنه - مرفوعًا: «لو أن امرأ اطلع عليك بغير إذن فخذفته بعصاة ففقأت عينه، لم يكن عليك جناح»[٤].

---

(١) رواه البخاري ٦/٢٥٢٦ (٦٤٩٨)، ومسلم ٣/١٣٠٠ (١٦٧٣).

(٢) رواه مسلم في صحيحه ١/١٢٤ (١٤٠).

(٣) انظر: المحلى ١١/١٣، سبل السلام ٣/٢٦٢.

(٤) رواه البخاري ٩/١١ (٦٩٠٢)، ومسلم ٣/١٦٩٩ (٢١٥٨)/(٤٤).

قال الصنعاني رحمه الله تعالى: «دل الحديث على تحريم الاطلاع على الغير بغير إذنه وعلى أن من يتحقق قاصدا للنظر إلى محل غيره مما لا يجوز الدخول إليه إلا بإذن مالكه فإنه يجوز للمطلع عليه دفعه بما ذكر وإن فقأ عينه فإنه لا ضمان عليه»[١].

ويقاس على الأمور المذكورة في هذه الأحاديث سائر ما يجوز فعله في عدم وجوب الضمان بسببه.

٤- المعقول: هذه القاعدة هي من القواعد التي يقضي بها العقل؛ وذلك لأن الضمان يستدعي سبق التعدي، والجواز الشرعي يأباه، فتنافيا[٢].

تطبيقات القاعدة:

١- إذا ترتب على فتح محل تجاري كساد تجارة محل آخر، فلا ضمان على صاحب المحل؛ لأنه فعل ما يجوز له فعله، والجواز الشرعي ينافي الضمان[٣].

٢- من حفر بئرًا أو حفرة في ملكه الخاص به، فوقع فيها حيوان رجل، أو وقع فيها إنسان فهلك، لا يضمن حافر البئر شيئًا؛ لأن لكل إنسان حرية التصرف في أملاكه ما لم يتعلق بها حق الآخرين، وهذا بعكس الأموال العامة، فإن الانتفاع المأذون بها شرعًا مقيد بشرط سلامة الآخرين[٤].

---

(١) سبل السلام ٣/٢٦٢.

(٢) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٤٤٩، القواعد الفقهية للباحسين ص ٢٤٣.

(٣) انظر: المجلة، المادة ٩٦٥، ١٢٨٨، نظرية الضمان ص ٢١٢.

(٤) انظر: المجلة، المادة ٩١، درر الحكام ١/٨١، كشاف القناع ٦/٨، فتح الباري ١٢/٢٥٥.

٣- إذا أذن الحاكم بفعل شيء، كهدم جدار أو دار أثناء الحريق، أو قطع أشجار لفتح الطريق، أو كالإنفاق على الأقارب من ودائع الأموال الخاصة بشخص غائب، فلا ضمان على من فعل ذلك.

٤- لو شكى أحدٌ مديونَه إلى الوالي فغرمه السلطان - بالإضافة إلى ما عليه من الدين - لم يضمن الدائن(١)؛ لأنه فعل ما يجوز له فعله، والجواز الشرعي ينافي الضمان.

٥- إذا حمل عليه حيوان صائل مملوك لأحد فلم يقدر على الامتناع منه إلا بضربه، فضربه، فقتله، فلا ضمان عليه وكذلك لو دخل عليه رجل بسلاح، فأمره بالخروج فلم يفعل، فله ضربه بأسهل ما يخرجه به، فإن علم أنه يخرج بضرب عصا لم يجز له أن يضربه بحديدة، فإن آل الضرب إلى نفسه فلا شيء عليه؛ لأنه مأذون شرعًا في الدفاع عن نفسه بما يقدر عليه، لكن الحنفية استثنوا من عدم الضمان ما إذا كان الصائل دابة أو صبيًّا أو مجنونًا، فقتله المدافع المصول عليه، فإنه يضمن قيمة الدابة ودية الصبي والمجنون(٢)، كما سبقت الإشارة إليه.

٦- لا ضمان على طبيب ولا حجام ولا ختان ولا بيطار، إذا عرف منهم حذق المهنة ولم يفرطوا ولم يعتدوا، وكان فعلهم بإذن من يملك الإذن فيه؛ لأنهم فعلوا ما جاز لهم فعله شرعًا، فانتفى عنهم الضمان(٣).

---

(١) نظرية الموجبات والعقود ص ٣٧.

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين ٥٤٦/٦، الشرح الكبير ٣٥٧/٤، روضة الطالبين ١٨٧/١٠، ٤/١٢، عمدة الفقه ص ١٢٧- ١٤٩، المغني ١٠١/٩، المحلى ١٤٥/٨، التاج المذهب لأحكام المذهب ٣١٦/٤، نظرية الضمان ص ٢٠/الهامش.

(٣) انظر: المبسوط للسرخسي ١٠/١٦، التاج والإكليل للمواق ٣٢٠/٦، روضة الطالبين للنووي ٢٢٩/٥، شرح النيل لأطفيش ٢٤٠/١٠، شرائع الإسلام للحلي ١٤٨/٢.

٧- إن مات المحدود في حد أو قطع سرقة أو تعزير أو تأديب معتاد من سلطان أو معلم أو والد أو زوج، فلا ضمان على أحد؛ لأنه مأذون فيه شرعًا[١].

٨- إذا تلف شيء مأجور أثناء الاستعمال المأذون فيه عادة، فلا ضمان على المستأجر؛ لأنه فعل ما يجوز له فعله، أما إذا تجاوز المستأجر الأمر المألوف فيضمن لتعديه[٢].

٩- إذا تصرف الشريك بأموال الشركة بما تقتضيه التجارة عادة، كالبيع بالنقد أو بالنسيئة، أوكرهن شيء من المال، أو استئجار مستودع لتخزين البضاعة، أو قبول الحوالة بدين للشركة على شخص آخر، ونحو ذلك من صور المعاملات الجائزة، فإنه لا يضمن شيئًا من الضرر المترتب على فعله؛ لأنه فعل ما يجوز له فعله، والجواز الشرعي ينافي الضمان[٣].

١٠- إذا رجع الخاطب أو المخطوبة عن الخِطبة، وادعى الطرف الآخر أنه تضرر بهذا الرجوع، فلا ضمان على الراجع عنها؛ لأنها مجرد إظهار الرغبة في النكاح يجوز له الرجوع عنها، والجواز الشرعي ينافي الضمان[٤].

---

(١) انظر: كفاية الطالب لأبي الحسن المالكي ٢/٣٦٨، كشاف القناع للبهوتي ٦/٨٣، شرح النيل لأطفيش ١٠/٥١.

(٢) انظر: المجلة – وشروحها - المادة ٦٠٥، المدخل الفقهي ٢/١٠٣٥.

(٣) انظر: شرح الأتاسي ١/٢٥١، نظرية الضمان ص ٢١٣.

(٤) انظر: المفصل في أحكام المرأة لزيدان ٦/٧٦.

استثناءات من القاعدة:

١- إذا غاب أحد الشريكين في البستان المشترك يكون الآخر قائمًا على ذلك البستان، وعند إدراك الثمرة يأخذ حصته منها، وله أيضًا بيع حصة الغائب وحفظ ثمنها، لكن الغائب يكون عند حضوره مخيرًا، إن شاء أجاز البيع وأخذ الثمن، وإن شاء لم يجز وضمَّنه حصته هذا إن لم يرفع إلى القاضي، وأما إن باعه بإذن القاضي فلا ضمان عليه ووجه استثناء هذه المسالة من القاعدة هو أن شريك الغائب مأذون له دلالة في بيع حصة شريكه فيما يخاف فساده أو ضياعه من الثمار، لكن لما وجد التصريح من صاحب الحق بخلاف الدلالة بطل اعتبارها في حق وجوب الضمان[1].

٢- لو تصدق الملتقط باللقطة بعد تعريفها زمانًا كافيًا، ثم جاء صاحبها، فهو بالخيار بين أن يجيز تصدقه أو يُضَمِّنه؛ لأن ضمان اللقطة ثبت بقوله ﷺ: «من وجد لقطة فليشهد ذوي عدل، وليحفظْ عِفاصها ووِكاءها، فإن جاء صاحبها فلا يكتم، وهو أحق بها، وإن لم يجئ صاحبها فهو مال الله يؤتيه من يشاء»[2]، فقد علق الشارع ﷺ التصدق بها على عدم مجيء صاحبها، فيستفاد منه أنه متى جاء قبل التصدق بها أو بعده فهو أحق بها، عينًا أو بدلاً[3].

٣- إن الوكيل بالشراء له حبس المبيع عن موكله حتى يقبض منه الثمن، ولكن لو هلك المبيع في يده، والحالة هذه، يلزم الوكيل الثمن؛ لأن

(١) انظر: شرح المجلة للأتاسي ٢٥٣/١، ٢٥٤، شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٤٥٢.
(٢) رواه أحمد ٢٧/٢٩ (١٧٤٨١)، وأبو داود ١٣٦/٢ (١٧٠٩)، وابن ماجه ٨٣٧/٢ (٢٥٠٥).
(٣) انظر: شرح المجلة للأتاسي ٢٥٣/١، ٢٥٤، شرح القواعد الفقهية ص ٤٥٢.

حبس الوكيل للمبيع يدل على أنه كان عاملاً لنفسه، وأن الموكّل لم يصر قابضًا بقبضه، فإذا هلك كان مضمونًا على الوكيل[1].

د. محمد خالد عبد الهادي هدايت

* * *

(١) انظر: شرح المجلة للأتاسي ٤/٤٨٠ – ٤٨١، وشرح القواعد في الموضع نفسه.

رقم القاعدة: ٨٦٧

نص القاعدة : الْأَصْلُ عَدَمُ الضَّمَانِ [١].

صيغ أخرى للقاعدة :

الأصل نفي الضمان إلى أن يحصل اليقين[٢].

قواعد ذات علاقة :

١- اليقين لا يزول بالشك[٣]. (أعم).

٢- الأصل في الأمور العارضة العدم[٤]. (أعم).

٣- الأصل براءة الذمة[٥]. (أصل للقاعدة).

---

(١) الأشباه لابن نجيم ص ٦٣، الفروق للقرافي ١٨٥/٤، الأشباه للسيوطي ص ٥٧، أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٣٩٢/٢، تحفة المحتاج للهيتمي ١٠٤/٦، الكافي لابن قدامة ٦٨/٤، شرح الأزهار لابن مفتاح ٤٢٤/٣.

(٢) المغني لابن قدامة ٢٦١/٣.

(٣) شرح السنة للبغوي ٣٥٤/١، المجموع المذهب للعلائي ٧٠/١، القواعد للحصني ٢٦٨/١، الأشباه والنظائر للسيوطي ص٥٠، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٥٦. وهي إحدى القواعد الخمس الكبرى التي لا يكاد يخلو منها كتاب من كتب الفقه أو قواعده.

(٤) المدخل الفقهي العام للزرقا ٩٨٢/٢، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه للبورنو ص ١٨٤، نظرية التقعيد الفقهي للروكي ص ١٣٧.

(٥) المنتقى شرح الموطأ ٣٤٩/١، قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ٥٥/٢، تكملة المجموع للسبكي ٥٤٧/١١، المغني لابن قدامة ٣١٨/٨.

شرح القاعدة :

أصل الضمان في اللغة: الاحتواء؛ أي: «جَعْل الشَّيء في شيءٍ يحويه، ومن ذلك قولهم: ضمَّنت الشيء، إذا جعلته في وعائه»[(١)]. ثم أطلق على معان عدة؛ أهمها: الالتزام والكفالة؛ فضَمِنْتُ المال: الْتَزَمْتُه، وضَمِنَ الشيء: كَفَلَه، فهو ضامن وضَمين، وذلك لأن ذمة الضامن تحوي ما ضمن وتشتمل عليه[(٢)].

وأما المعنى الاصطلاحي فلا يخرج في الجملة عن المعنى اللغوي للكلمة، فيُطلق الفقهاء - رحمهم الله – الضمان على أحد معنيين في الغالب:

الأول : الكفالة، وهو «ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق»[(٣)].

الثاني : «غرامة التالف»[(٤)]، وهو «عبارة عن رد مثل الهالك إن كان مثليا، أو قيمته إن كان قيميا»[(٥)] .

والمقصود به في القاعدة ما هو أعم من ذلك، فهو يشمل ما وجب من الغرامة حقا لله تعالى؛ كما في الفدية، وما وجب حقا للعبد، كضمان الإتلاف وضمان اليد وضمان العقد.

وقد قررت الشريعة مبدأ التضمين حفظا للحقوق، وجبرا للأضرار، وحدا للاعتداء، فمن تعدى أو فرط في حق من حقوق الله تعالى أو من حقوق العباد،

---

(١) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٢/٥٢، مادة: ضمن .

(٢) انظر: معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٢/٥٢، لسان العرب لابن منظور ١٣/٢٥٧، مختار الصحاح للرازي ص ٣٨٤، القاموس المحيط للفيروز آبادي ص ١٢١٢، المصباح المنير للفيومي ص٣٦٤، مادة: ضمن.

(٣) المغني لابن قدامة ٤/٣٤٤.

(٤) نيل الأوطار للشوكاني ٥/٣٥٧، نقلاً عن ضوء النهار .

(٥) غمز عيون البصائر للحموي ٤/٦ .

وجب عليه الضمان، وأن يتحمل تبعة تعديه أو تفريطه، فإن كان في حقوق الله تعالى وجب عليه ضمانه بالطريقة التي حددها الشارع، مثل وجوب الفدية، أو الكفارة أو نحو ذلك، وإن كان في حق من حقوق العباد من الدماء والأموال المعصومة، ووجد الضرر، ترتب عليه الضمان بقدر الضرر من الأرش والدية ونحو ذلك.

لكن إذا وقع الشك أو النـزاع في حصول السبب الموجب للضمان، أو في نسبته إلى الفاعل، أو كون الشيء مضمونا أم لا؟ وليس ثمة دليل يرجح أحد الجانبين فالأصل في ذلك عدم الضمان، والقول فيه لمن ينكره؛ لأن الأصل براءة الذمة منه حتى يثبت شغلها بيقين، فالمُحرم إذا شك في أنه هل مس الطيب أم لا؟ فلا شيء عليه؛ لأن الأصل عدم وقوع السبب الموجب للضمان، ولو أن رجلين كانا في بيت واحد فوجد أحدهما مقتولا، فإن الآخر لا يضمن ديته؛ لأنه يحتمل أنه قتل نفسه، ويحتمل أن يكون قتله الآخر، فوقع الشك في الفاعل، والضمان بالشك لا يجب[1]، «ولو اختلف الدافع والآخذ في المال الذي أخذه، وقد تلف، فقال الدافع: إنه قرض فعليك الضمان، وقال الآخذ إنه وديعة فليس عليَّ شيء، فإنه يصدق الآخذ؛ لأن الأصل عدم الضمان»[2].

والقاعدة تشمل ضمان الأموال والأنفس والأطراف وغير ذلك مما يقع عليه الضمان في المعاملات أو العبادات التي يكون فيها الضمان جبرا للخلل الواقع فيها بسبب ارتكاب محظور أو ترك مأمور .

(١) وهذا عند الإمام محمد بن الحسن، وخالف الإمام أبو يوسف فقال: يضمن الآخر الدية؛ وذلك لأن الإنسان لا يقتل نفسه ظاهراً، ولا غالبًا، فكان توهم خلاف الظاهر ملحقا بالعدم. انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٢٩٤/٧، الهداية للمرغيناني ٥٠٤/٤، تبيين الحقائق للزيلعي ١٧٦/٦، مجمع الأنهر لشيخي زاده ٦٨٧/٢.

(٢) إعانة الطالبين للبكري الدمياطي ٦٦/٣ . وانظر: المبسوط للسرخسي ١١٨/١١، مجمع الضمانات لابن غانم البغدادي ص ٨٩.

وهي محل اتفاق بين الفقهاء في أصلها، ولا يؤثر في ذلك الاختلاف في بعض صورها، حيث يعدها بعضهم من تطبيقات القاعدة، ويراها آخرون خارجة عن القاعدة أو استثناء منها، ومن ذلك اختلافهم في صفة المال المقبوض بإذن صاحبه، هل الأصل فيه الضمان أم الأمانة؟ فذهب الحنفية إلى أن الأصل في «المال المأخوذ بإذن صاحبه (أنه) أمانة في يد الآخذ»[1]، فلا يتحمل تبعة هلاك ما تحت يده من الأموال ما لم يتعد أو يفرط، وعند وقوع الشك أو النـزاع في ذلك يرجع إلى الأصل، وخالفهم المالكية فقالوا: «**الأصل التضمين، دون التأمين**، ولذا كان القول قول رب المال إذا قال قرض، وقال الذي في يده المال قراض أو وديعة فيضمنه؛ لأنه مقر بوضع يده الذي هو سبب للضمان، مدع لرفع ذلك السبب»[2]، وهو مذهب الحنابلة حيث قالوا: «الأصل فيما يقبضه الإنسان من مال غيره الضمان»[3].

أدلة القاعـدة :

١- قاعـدة «اليقين لا يزول بالشك»، وأدلتها؛ وذلك لأن «الأصل فراغ الذمم»[4]، «فلا يجوز شغلها بالشك»[5]، و«لا يثبت فيها شيء إلا بيقين»[6].

٢- قاعدة «الأصل في الأمور العارضة العدم»، وأدلتها، وذلك لأن «المرء يولد خاليا من كل دَين، أو التزام، أو مسؤولية، وكل شغل

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٣/٣٦٥.
(٢) شرح المنهج المنتخب للمنجور ٢/٩٨ .
(٣) المغني لابن قدامة ٥/١٧٥.
(٤) تبيين الحقائق للزيلعي ٥/٣٣ .
(٥) المبسوط للسرخسي ١٧/١٩٣.
(٦) التمهيد لابن عبد البر ٧/١٧٢.

لذمته بشيء من الحقوق إنما يطرأ بأسباب عارضة بعد الولادة، والأصل في الأمور العارضة العدم»[١].

٣- قاعدة «الأصل براءة الذمة»، وأدلتها.

تطبيقات القاعدة :

١- إذا خلل المحرم شعره فسقط شيء منه، وشك فيه هل سقط بنفسه؛ لكونه ميتا، فلا تلزمه الفدية، أم سقط بفعله فتجب عليه فديته، فلا شيء عليه في ذلك؛ لأن الأصل نفي الضمان إلى أن يحصل اليقين[٢].

٢- لو قال المضارب: دفعت إلي المال مضاربة، وقال رب المال: أقرضتك، فالقول قول المضارب؛ لأنهما اتفقا على أن الأخذ كان بإذن رب المال، ورب المال يدعي على المضارب الضمان، وهو ينكر، فكان القول قوله؛ لأن الأصل عدم الضمان[٣].

٣- إذا ادعى المودَع رد الوديعة، وادعى ربها الإتلاف فالقول للمودَع مع يمينه؛ لأنه ينكر الضمان، والأصل عدمه[٤].

٤- إذا باع الوكيل بالبيع العين، واستُهلكت، ثم اختلفا وقت البيع، فقال الوكيل بعد علمه بالعزل: بعت وسلمت قبل العزل، وقال الموكل: بعد العزل، فالقول للوكيل؛ لأنه ينكر سبب الضمان، والأصل براءة الذمة منه[٥].

---

(١) المدخل الفقهي العام للزرقا ٢/٩٨٤.

(٢) انظر: المجموع للنووي ٧/٣٧٤، المغني لابن قدامة ٣/٢٦١.

(٣) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٦٢، ٦٣، بدائع الصنائع للكاساني ٦/١١٠.

(٤) انظر: الهداية للمرغيناني ٣/١٥٤، مجمع الضمانات للبغدادي ص ٨٩.

(٥) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٦٥ .

٥- لو فتح قفصا عن طائر فطار في الحال ضمنه، وإن وقف ثم طار بعد مدة فلا ضمان على الفاتح؛ لأن طيرانه بعد الوقوف يشعر باختياره، فكان مباشرا، فلو اختلف المالك والفاتح في أنه خرج عقب الفتح أو تراخى عنه، فينبغي تصديق الفاتح؛ لأن الأصل عدم الضمان(١).

٦- لو حفر بئرا في ملكه، فاهتز جدار جاره بِدَقّه، وانكسر ما عُلّق فيه لم يضمن إذا كان دَقُّه معتادا، ولو اختلفا في ذلك، صُدق الداق؛ لأن الأصل عدم الضمان(٢).

٧- ما أتلفه البغاة من نفس أو مال على أهل العدل في حال القتال فإنهم لا يضمنونه، وإن لم يكن في قتال لزمهم الضمان، ولو اختلف المتلف وغيره في أن التلف وقع في القتال أو في غيره صدق المتلف؛ لأن الأصل عدم الضمان(٣).

٨- من ضمن عن رجل دينا، ثم اختلفا فقال الضامن: ضمنتُ وأنا مجنون، وقال المضمون له: بل ضمنتَ وأنت عاقل، وقد عُرف للضامن حالة جنون فالقول قول الضامن عند عدم البينة؛ لأنه يحتمل أن يكون الضمان في حالة الإفاقة، ويحتمل أن يكون في حالة الجنون، والأصل عدم الضمان، وبراءة الذمة منه(٤).

٩- من بنى في ملكه حائطا مائلا إلى ملك غيره أو إلى الطريق فسقط فأتلف نفسًا فالدية على عاقلته، فإن أنكرت عاقلته كونَ الحائط

---

(١) انظر: حاشية الجمل على شرح منهج الطلاب ٣/٤٧٣، حاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج ٥/١٥٤.

(٢) انظر: حاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج ٥/٣٣٨.

(٣) انظر: حاشية الشرواني على تحفة المحتاج ٩/٧٠، حاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج ٧/٤٠٥.

(٤) انظر : المهذب للشيرازي ١/٣٤٤، البيان للعمراني ٦/٣٥٤.

لصاحبهم، لم يلزمهم العقل، إلا أن يثبت ذلك ببينة؛ لأن الأصل عدم وجوب الضمان، فلا يجب بالشك[١].

١٠- إذا صدمت سيارة شخصًا فأصيب بجروح، ثم عولج وشفي، ثم مات بعد ذلك فلا يجب الضمان على سائق السيارة؛ بناء على القاعدة، وذلك لأنه وقع الشك في سبب موتـه هل هو الصدمة أو سبب آخر، خصوصًا أنه ظهر شفـاؤه بعد الصدمة، والأصل عدم الضمان، فلا يجب بالشك[٢].

محمد عمر شفيق الندوي

* * *

(١) انظر: المغني لابن قدامة ٣٣٥/٨، المبدع لابن مفلح ٥٤/٥ .

(٢) انظر: موسوعة القواعد الفقهية للبورنو ٧/ ٢٨٨ .

رقم القاعدة: ٨٦٨

نص القاعدة: إِذَا زَالَ التَّعَدِّي يَزُولُ الضَّمَانُ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- إذا زال المعنى الموجب للضمان وجب أن يسقط الضمان[٢].

٢- إذا زال السبب المقتضي للضمان زال الضمان[٣].

قواعد ذات علاقة:

١- المتعدي ضامن[٤]. (مقيدة بالقاعدة).

٢- العلة إذا زالت هل يزول الحكم بزوالها أم لا؟[٥]. (أعم بالنسبة لشطرها الأول).

٣- عقود الأمانات هل تنفسخ بمجرد التعدي فيها أم لا؟[٦]. (تكامل باعتبار شطرها الثاني).

---

(١) الذخيرة للقرافي ٩/١٧٥، مغيث الحكام لعبد الله السينوي ١/٤٨/أ.

(٢) التجريد للقدوري ٨/٤٠٩٠.

(٣) القواعد الفقهية في المغني للإدريسي ص ٣٧٩، وانظر: المغني لابن قدامة ٤/٣٢٠.

(٤) الذخيرة للقرافي ٨/٣١٨، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٥) إيضاح المسالك للونشريسي ص ١٤٦، شرح المنهج المنتخب للمنجور ١/١٢١، شرح اليواقيت الثمينة للسجلماسي ١/٤٥١، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٦) القواعد لابن رجب ص ٧٠، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

٤- الأمين إذا تعدى ثم زال التعدي يزول الضمان[١]. (أخص).

٥- المستأجر إذا عاد إلى الوفاق بعد التعدي يبرأ من الضمان[٢]. (متفرعة).

٦- المستعير أو المستأجر إذا تعدى ثم زال التعدي لا يزول عنه الضمان[٣]. (استثناء).

٧- المودع إذا تعدى في الوديعة ثم ترك التعدي لم يبرأ من الضمان[٤]. (مخالفة).

٨- الأمانة لا تعود بترك التعدي[٥]. (مخالفة).

شرح القاعدة :

التعدي لغة: الظلم، والمراد به في القاعدة: الاعتداء على حق الغير[٦]. وهو عند الفقهاء سبب مطلق للضمان مستلزم له حيث وقع[٧].

وزوال التعدي هو إعادة الشيء المتعدى فيه على حاله قبل الاعتداء.

ومعنى القاعدة أنه إذا وقع التعدي الموجب للضمان ثم زال، زال كذلك

---

(١) ذخيرة الناظر للطوري ١/٧٦/ب، وبلفظ: كل أمين من قبل المالك إذا تعدى ثم أزال التعدي بنية أنه لا يعود إليه فإنه يبرأ عن الضمان، شرح القواعد الفقهية للزرقا ١/٥٠.

(٢) شرح القواعد الفقهية للزرقا ص٤٣٤.

(٣) زواهر الجواهر للتمرتاشي الابن ١/٢٠٢/أ.

(٤) تخريج الفروع على الأصول للإسنوي ص٢٢٤، انظر: الروضة البهية للعاملي ٤/٢٥٠.

(٥) شرح البهجة الوردية لزكريا الأنصاري ٣/٣٩٧، وبلفظ: الأمانة لا تعود بعد الخيانة، الذخيرة للقرافي ٩/١٧٣.

(٦) انظر: مادة "التعدي" في الموسوعة الكويتية ١٢/٢٣٣.

(٧) انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية ٤/٢١.

مسببه الذي هو الضمان وهذا ما تصرح به الصيغة الأخرى للقاعدة: «إذا زال المعنى الموجب للضمان وجب أن يسقط الضمان»[١].

والتعدي يتصور وقوعه من يدين[٢]:

١- يد غير مؤتمنة كيد الغاصب والمستام والمستعير والمشتري ببيع فاسد، وكذا الأجير على قول وهذه تضمن مطلقا بالتلف وبالإتلاف.

٢- يد أمانة كالوديعة والشركة والمضاربة والوكالة ونحوها فإذا وقع منها تعد صارت يد ضمان فيضمن المتعدي ما تلف بنفسه، كما لو لم يكن مؤتمنا فإذا أزال التعدي زال الضمان على ما تقضيه قاعدتنا.

وهذه القاعدة ليست محل اتفاق بين الفقهاء فقد اختلفت آراؤهم حولها إلى ثلاثة مذاهب:

أولاً: من صرحوا باعتبارها في الجملة وهم الحنفية - غير زفر - وتعبر عن مذهبهم صيغتان: إحداهما أعم وأقوى دلالة عليها وهي: «إذا زال المعنى الموجب للضمان وجب أن يسقط الضمان»[٣] والأخرى أخص لتعلقها بعقود الأمانات، ولفظها: «كل أمين من قبل المالك إذا تعدى ثم أزال التعدي بنيته أنه لا يعود إليه فإنه يبرأ عن الضمان»[٤].

ومثال ذلك أنه إذا ركب المستودع الحيوان المودع بلا إذن يكون متعديا ويصير الراكب في حكم الغاصب فإذا ترك الركوب عازما على ألا يتعدى مرة

(١) التجريد للقدوري ٨/ ٤٠٩٠.
(٢) المنثور للزركشي ٢/ ٣٨٨.
(٣) التجريد للقدوري ٨/ ٤٠٩٠.
(٤) شرح القواعد الفقهية للزرقا ١/ ٤٩.

ثانية - ولم يترتب على هذا الاستعمال ضرر حيث لم يهلك الحيوان ولم يطرأ نقصان على قيمته - وحفظه كما في السابق يصير بريئا وتعود يد الأمانة كما كانت فإذا هلك الحيوان أو فقد بعد ذلك بلا تعد ولا تقصير لم يلزمه ضمان أما إذا ركبه يوما وبعد ذلك ربطه في المساء بنية ركوبه عند الصباح وسرق تلك الليلة أو هلك حتف أنفه فإن المستودع يضمنه.

وعلى الرغم من أن ظاهر الصيغة الأولى يقتضي إعمال القاعدة دون قيد وهو كذلك صريح كلام ابن السمناني حيث قال: «وإذا تعدى في الوديعة ثم زال التعدي برئ من الضمان وكذلك سائر الأمانات عندنا»[١] وأن الصيغة الثانية قاضية باعتبارها في الأمانات إذا انتفت نية العود للتعدي بعد إزالته، فإنه يلاحظ أن الحنفية قد قسموا الأمانات بحسب اعتبار جريان القاعدة فيها إلى نوعين:

أ- الأمانات التي يكون نفع وضع يد الشخص الذي اتخذ أمينا فيها عائدا إلى صاحب المال فقط وتقوم يد الأمين مقام يد مالكها، فهذا القسم يزول فيه الضمان بالعودة إلى الوفاق بعد التعدي جريا على قاعدتنا ويدخل فيه:

١- الوديعة[٢].

٢- المال المستعار لأجل الرهن والذي لم يرهن بعد.

٣- مال الشركة الموجود بيد الشريك في شركة العنان أو شركة المفاوضة.

٤- مال المضاربة الموجود بيد المضارب.

٥- البضاعة بيد المستبضع.

---

(١) روضة القضاة لابن السمناني ٦١٩/٢.

(٢) وقيد ابن نجيم جريان القاعدة في الوديعة بكون الإيداع غير مؤقت، فقال: "المودع إذا أزال التعدي زال الضمان إلا إذا كان الإيداع مؤقتا فتعدى بعده ثم أزاله لم يزل الضمان"، الأشباه والنظائر لابن نجيم ٢٧٦/١، وهو قيد وجيه.

٦- المال الموجود بيد الوكيل بالبيع والإيجار والاستئجار[١].

ب- الأمانات التي يكون نفع وضع يد الشخص الذي اتخذ أمينا فيها عائدا إليه لا إلى صاحب المال، ويدخل في هذا القسم:

١- المستعير لأجل الانتفاع.

٢- والمستأجر.

٣- والأجير فهؤلاء الأمناء لو خالفوا ثم عادوا إلى الوفاق وتركوا التعدي بنية عدم العود إليه لم يبرؤوا عن الضمان إلا بالرد على المالك[٢].

وزاد بعض الحنفية أمينا رابعا هو الملتقط فقالوا إنه يضمن اللقطة إذا هلكت بعد أن تعدى عليها ثم أزال التعدي[٣].

ثانيًا : من صرحوا بعدم اعتبارها وهو مذهب الشافعية وعنه عبروا بالصيغة المخالفة لها: «الأمانة لا تعود بترك التعدي»[٤] وبضابطهم في الوديعه: «المودَع إذا تعدى في الوديعة ثم ترك التعدي لم يبرأ من الضمان»[٥].

ثالثًا : من اختلفوا في اعتبارها داخل مذهبهم : وهم المالكية والحنابلة مع أن الذي يظهر من إطلاقات بعض أئمة هذين المذهبين: ترجيحُ المالكية العملَ بها والحنابلةِ عدمَ اعتبارها ومما يؤيد ذلك أن الإمام القرافي المالكي يدخلها في

---

(١) وحصر صاحب الدر المختار هذا القسم في عشرة أمناء هم: "(١) مودع، (٢، ٣، ٤، ٥) ووكيل بيع أو حفظ أو إجارة أو استئجار، (٦) ومضارب، (٧) ومستبضع، (٨، ٩) وشريك عنان أو مفاوضة، (١٠) ومستعير لرهن "، الدر المختار للحصكفي ٥/ ٦٧٠.

(٢) جامع الفصولين: الفصل الثالث والثلاثين، بحث إجارة الدواب ص١٦٤، بواسطة الشيخ الزرقا: شرح القواعد الفقهية ١/ ٥٠.

(٣) ونسب الشيخ الزرقا هذا القول لصاحب جامع الفصولين بحثا ولكنه استظهر خلافه وبين أنه غير خارج عن قاعدتنا، شرح القواعد الفقهية للزرقا ١/ ٥١.

(٤) شرح البهجة الوردية لزكريا الأنصاري ٣/ ٣٩٧، وانظر: الوسيط للغزالي ٤/ ٥١٣.

(٥) تخريج الفروع على الأصول للإسنوي ص٢٢٤.

عموم أصل شرعي قوي في سياق الاستدلال بها لفرع من فروعها ثم يمثل لها بغيره فيقول: «الأصل في الحكم انتفاؤه لانتفاء علته وقد زال التعدي فيزول الضمان وكالمحرم إذا رد الصيد للحرم» كما احتج لها بكون الأمر يقتضي التكرار فإذا خان - المودع مثلاً - عاد الأمر السابق بالإيداع بعد زوال التعدي[١] مع أنه كان قد ذكر قبل هذا الكلام رأي المخالفين له واستدلالهم لكون الرد بعد التعدي لا يسقط الضمان.

أما ابن رجب الحنبلي فيجزم بما يدل على عدم اعتبار قاعدتنا في عقود الأمانات - على المشهور في مذهبهم- فيقول: «ولا يزول الضمان عن عين ما وقع فيه التعدي بحال»[٢] ولم يستثن من هذا الإطلاق إلا طريقة ابن الزاغوني في الوديعة[٣].

ولا شك أن تأثير التعدي قوي في إثبات الضمان كما تقرره قاعدة: «المتعدي ضامن»[٤]، بل قد ترتب عليه انفساخ عقود الأمانات عملا بالشطر الأول من القاعدة الخلافية: «عقود الأمانات هل تنفسخ بمجرد التعدي فيها أم لا؟» فلا يكون لقاعدتنا محل إلا على الشطر الثاني من هذه القاعدة حيث تكمله قاضية بأن عقود الأمانات حيث لم تفسخ بالتعدي وأزيل انتفى فيها الضمان.

وإعمال هذه القاعدة شائع في المعاملات ويشمل كذلك كل تصرفات المكلفين التي يتصور فيها وقوع التعدي ثم إزالته في العبادات.

---

(١) انظر: الذخيرة للقرافي ٩/١٧٢.

(٢) الإنصاف للمرداوي ٥/٣٧٠، مطالب أولي النهى للرحيباني ٣/٤٥٨.

(٣) القواعد لابن رجب ١/٧١.

(٤) الذخيرة للقرافي ٨/٣١٨، ويقول ابن حزم: "التعدي مردود"، المحلى لابن حزم ٤/١٤٤.

أدلة القاعدة:

١- الشطر الأول من قاعدة: «العلة إذا زالت هل يزول الحكم بزوالها أم لا؟»[(١)] وأدلته.

٢- الدليل العقلي على أن عقود الأمانات يزول فيها الضمان بالعودة إلى الوفاق بعد التعدي؛ لأن يد الأمين يد صاحب المال تقديرا فمن عاد إلى الوفاق بعد التعدي فالأمانة التي اكتسبت حكم المغصوب بالتعدي فبالعودة إلى الوفاق تكون كأنها أعيدت ليد صاحب المال كما أن الغاصب يصير بريئا متى أعاد المال المغصوب إلى صاحبه حقيقة[(٢)].

تطبيقات القاعدة:

١- من أنفق من وديعة عنده ثم رد ما أنفق فلا شيء عليه[(٣)]، فإذا تلف منها شيء بعد الرد لم يضمنه لأن الذي أوجب عليه الضمان تعديه بالأخذ فإذا رد ما أخذ فقد زال التعدي وسقط عنه الضمان؛ لأنه حافظ لها على الوجه الذي أمر به فلم يلزمه ضمان كحالة الابتداء[(٤)] وإذا زال التعدي يزول الضمان.

٢- ليس لعامل المضاربة أن يتعدى البلد والسلعة والمعامل الذي عينه رب المال لأنها وكالة، وفي التخصيص فائدة فيتعين اعتباره، ولو

---

(١) إيضاح المسالك للونشريسي ص ١٤٦، شرح المنهج المنتخب للمنجور ١/١٢١، شرح اليواقيت الثمينة للسجلماسي ١/٤٥١.

(٢) انظر: درر الأحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٢/٢٥٣.

(٣) وقال مالك أيضًا: لا يبرأ وإن رده؛ لأنه دين ثبت في ذمته وبهذا أخذ المدنيون من أصحاب مالك ورواه المصريون ولم يأخذوا به. انظر: المنتقى شرح الموطأ للباجي ٥/٢٨٠، وهو مفهوم ما ذهب إليه أطفيش وعبارته: الوديعة غير مضمونة إلا في خصلتين، **إحداهما**: أن يتسلف منها شيئا ثم يرده فيها مما لا يتميز منها فإنه يضمنها كلها إلا أن يكون شيئًا مميزًا منها، **الثانية**: أن يتعدى فيها انظر: شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ٨/٥٤٧.

(٤) انظر: المنتقى شرح الموطأ للباجي ٥/٢٨٠.

خالفه كان مشتريا لنفسه وربحه له، لأنه لما خالف صار غصبا فأخذ حكم الغصب، ثم قيل يضمن بنفس الإخراج من البلد لوجود المخالفة، وقيل لا يضمن ما لم يشتر لاحتمال عوده إلى البلد قبل الشراء، فإذا عاد زال الضمان وصار مضاربة على حاله بالعقد الأول[١]؛ لأنه إذا زال التعدي يزول الضمان.

٣- من ربط دابته في غير ملكه فأصابت شيئًا بيديها أو برجلها فعطب فإنه يكون مضمونًا عليه ما دامت تجول في رباطها لأنه متعدٍّ في الوقوف في غير ملكه، ولو انفتح الرباط وذهبت من ذلك الموضع فإن جنت على إنسان أو عطب بها شيء فهو هدر؛ لأن معنى التعدي قد زال بزوالها من موضع الوقوف[٢]، وإذا زال التعدي يزول الضمان.

٤- ما حرم قتله على الْمُحرِم حرم عليه كذلك تملكه باصطياد أو ابتياع أو اتهاب وسائر أنواع التملكات مثل كونه عوضا في صداق أو خلع أو صلح عن قصاص أو غير ذلك، فإن قبضه بعقد البيع فتلف في يده ضمنه بالجزاء وضمن القيمة لمالكه - بخلاف ما قبضه بعقد الهبة - فمتى رده على البائع والواهب زال الضمان[٣]؛ لأنه إذا زال التعدي يزول الضمان.

٥- إذا غصب المرتهن الرهن من العدل وجب عليه رده إليه، فإذا رده إليه زال الضمان عنه[٤]؛ لأنه إذا زال التعدي يزول الضمان.

---

(١) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٥/٥٩، الاختيار لتعليل المختار الموصلي ٣/٢٢.

(٢) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٧/٢٧٣.

(٣) انظر: شرح العمدة لابن تيمية ٣/١٤٩، الذخيرة للقرافي ٩/١٧٥.

(٤) أما إذا كان الرهن في يد المرتهن فتعدى فيه ثم زال التعدي لم يزل عنه الضمان، لأن الاستئمان قد بطل قاله ابن الصباغ، انظر: المجموع للنووي١٣/٢٢٣، الكافي في فقه ابن حنبل لابن قدامة ٢/١٦٠.

٦- من غصب أرضا فحفر فيها بئرا فأراد الغاصب طمها فمنعه المالك؛ لم يكن له ذلك - وإن كان للغاصب غرض في طمها بأن يسقط عنه ضمان ما يقع فيها، لأن الضمان إنما لزمه لوجود التعدي فإذا رضي صاحب الأرض زال التعدي فزال الضمان وليس هذا إبراء مما لم يجب وإنما هو إسقاط التعدي برضاه به[١]، وإذا زال التعدي يزول الضمان.

٧- إذا سافر المودع بالوديعة أو تركها في موضع غير حريز أو أودعها ثم زال التعدي وصادقه المالك أو أقام البينة على زواله قبل تلفها فإنها تعود أمانة[٢]؛ لأنه إذا زال التعدي يزول الضمان.

٨- لو خالف وكيل ببيع ثوب بأن استعمله أو دفع الثوب إلى قصار لقصره حتى صار ضامنا فلو عاد إلى الوفاق يبرأ والوكالة باقية في بيعه[٣]؛ لأنه إذا زال التعدي يزول الضمان.

٩- إذا تعدى الشريك على حصة شريكه في أثناء نوبته وهو يحافظ عليها ثم أزال التعدي فإنه يزول الضمان[٤]؛ لأنه إذا زال التعدي يزول الضمان.

بدي أحمد سالم

* * *

---

(١) وقيل: له طمها لأنه لا يبرأ من الضمان بإبراء المالك لأنه إبراء مما لم يجب بعد وهو أيضًا إبراء من حق غيره وهو الواقع فيها، انظر: المغني لابن قدامة ٥/٣٨٢.

(٢) انظر: التاج المذهب في أحكام المذهب لأحمد بن المرتضى ٣/٣٣٨.

(٣) انظر: معين الحكام للطرابلسي ٢/٢٦٣.

(٤) انظر: حاشية رد المحتار لابن عابدين ٦/٢٣٥.

رقم القاعدة: ٨٦٩

نص القاعدة: مَا أُذِنَ فِي إتْلافِهِ لا يُضْمَن[١].

ومعها :

١ - الإتلاف بالإذن العرفي منـزل منـزلة الإتلاف بالإذن اللفظي.

٢- الرضا بالسبب يمنع وجوب الضمان.

صيغ أخرى للقاعدة :

١- ما أُذن في إتلافه غير مضمون[٢].

٢- إتلاف مال مأذون فيه لا يوجب الضمان[٣].

٣- الإذن في الإتلاف يسقط الضمان[٤].

٤- من أُذن له في فعل شيء وأفسده فلا ضمان عليه[٥].

٥- الإذن يسقط الضمان[٦].

---

(١) شرح منتهـى الإرادات للبهوتي ٢/٢٩٤، كشاف القناع ٤/٧١-٧٢، مطالب أولي النهى للرحيباني ٣/٧٤٤.

(٢) الروض المربع للبهوتي ٢/٣٤٤.

(٣) بدائع الصنائع للكاساني ٧/١٧٩.

(٤) التجريد للقدوري ٧/٣٢٧٤.

(٥) كفاية الطالب الرباني لرسالة أبي زيد القيرواني لأبي الحسن المالكي ٢/٣٦٨.

(٦) شرح النيل ١٠/٣٨٠ وفي لفظ "لا ضمان مع الإذن" القواعد الفقهية الإباضية لهرموش ٢/١٠٨٦.

قواعد ذات علاقة :

١- الإذن يسقط العقوبة[١]. (مكملة).

٢- الضمان يتعلق بالإتلاف[٢]. (أصل استثنيت منه القاعدة).

٣- الأصل عدم الإذن[٣]. (متكاملة).

٤- من أتلف مال غيره بإذنه والآذن أهل للإذن لم يضمن[٤]. (أخص).

٥- ما لا يحل بيعه ولا ملكه فلا ضمان فيه[٥]. (أخص).

٦- الجواز الشرعي ينافي الضمان[٦]. (عموم وخصوص وجهي).

٧- الإتلاف بالإذن العرفي منزل منزلة الإتلاف بالإذن اللفظي[٧]. (أخص).

٨- الرضا بالسبب يمنع وجوب الضمان[٨]. (أخص).

---

(١) التشريع الجنائي لعبد القادر عودة ٤٨٩/١.

(٢) الذخيرة للقرافي ٢٨١/٨.

(٣) أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ١٦٣/٢، المغني لابن قدامة ٢٢١/٤، البحر الزخار ٥٨/٥، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٤) حواشي الشرواني على تحفة المحتاج ٨٨/٥، حاشية نهاية المحتاج ٢٨٢/٤ وانظر: الفتاوى الفقهية الكبرى للهيتمي ٢٣١/٢ وهذه القاعدة تختص بإذن المالك، وأما القاعدة الأم فهي تشمل إذن الشارع وإذن المالك.

(٥) المحلى ٤٤٧/٦، وانظر قاعدة: "المحرم لا يقابل بشيء"، في قسم القواعد الفقهية.

(٦) الدرر شرح الغرر ٢٨٩/٢، الدر المختار للحصكفي مع رد المحتار ٥٢٣/٥، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٧) قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ١٢٨/٢.

(٨) المبسوط ٧٢/٧ بتصرف.

شرح القاعدة :

الأصل أن كل من أتلف شيئًا وجب عليه ضمانه؛ إذ «الإتلاف سبب لوجوب الضمان»[1]، إلا أن هناك أمورًا تمنع وجوب الضمان عن المتلف وتسقطه، وهي:

الأول : إذن الشارع، فمن أتلف شيئًا بإذن من الشارع فإنه لا ضمان عليه؛ كمن أتلف خنـزيرًا فلا يضمن؛ لأن إتلافه مأذون به شرعًا، كما هو مقرر في قاعدة: «الجواز الشرعي ينافي الضمان»[2].

والثاني : إذن المالك؛ فمن أتلف شيئًا بإذن من مالكه، فإنه لا ضمان له عليه، وهو ما تعبر عنه قاعدة: «من أتلف مال غيره بإذنه والآذِن أهل للإذن لم يضمن»[3]. وسيأتي ذكر أمثلته في تطبيقات القاعدة.

والثالث : دفع الأذى عن نفسه؛ فمن أتلف شيئًا لدفع أذاه عن نفسه، فإنه لا ضمان عليه؛ كما إذا حمل عليه حيوان صائل مملوك لأحد فلم يقدر على دفعه إلا بقتله، فلا ضمان عليه، وهو ما تنص عليه قاعدة: «من أتلف شيئًا لدفع أذاه له لم يضمنه، وإن أتلفه لدفع أذاه به ضمنه»[4]. وهذه الصورة تدخل في المأذون شرعا أيضًا.

ومعنى القاعدة : أن الإذن في الإتلاف يسقط الضمان المترتب على الإتلاف، سواء أكان الإذن صادرا من الشارع؛ كإتلاف المحرمات؛ فمن أتلف خمرًا أو خنـزيرًا لمسلم فلا ضمان عليه؛ لأن «ما حرم الانتفاع به لا يجب

---

(١) بدائع الصنائع ٦/٢١٣.

(٢) الدرر شرح الغرر للملا خسرو ٢/٢٨٩، الدر المختار مع رد المحتار ٥/٥٢٣، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٣) حواشي الشرواني على تحفة المحتاج ٥/٨٨، حاشية نهاية المحتاج ٤/٢٨٢.

(٤) القواعد لابن رجب ص ٣٦.

ضمانه»[١]، أم كان صادرا من المالك؛ كمن أذن لغيره في ذبح شاته، فذبحها فلا ضمان عليه.

ولكن الإقدام على إتلاف المال إذا كان محترما لا يجوز إلا عند وجود مصلحة معتبرة، كإلقاء المتاع في البحر إذا خيف غرق السفينة، أما الإتلاف بدون مصلحة معتبرة فيكون محرما وإن أذن صاحب الحق؛ لما فيه من إضاعة المال وغير ذلك من المفاسد، وإن كان الإذن مسقطا للضمان؛ قال الزركشي: «قد يكون الفعل حرامًا ولا ضمان، كقوله: اقطع يدي فقطعها فلا ضمان عليه مع أن فعله حرام»[٢].

ولكن سقوط الضمان عن المأذون له من المالك مقيد بشيئين:

الأول: أن يكون الآذن أهلاً للإذن، أي ممن يملك التصرف في ماله، فلا يصح إذن الصبي بالإتلاف؛ «لأن الصبي ليس من أهل الإذن»[٣]، وكذا المحجور عليه، وهذا ما نصت عليه قاعدة: «من أتلف مال غيره بإذنه والآذن أهل للإذن لم يضمن».

الثاني: أن لا يتعلق بالمال حق الغير، فللإنسان أن يتصرف في ملكه كيفما شاء إذا لم يتعلق به حق لغيره، أما إذا تعلق بماله حق الغير فلا يصح إذنه بالإتلاف؛ كالمرهون، وهذا ما تقرره قاعدة: «لا يجب الضمان بإتلاف ملكه إلا إذا تعلق به حق لغيره»[٤].

---

(١) المغني لابن قدامة ١٧٤/٥.

(٢) المنثور ٣٣١/٢ وانظر: المبسوط ٧٤/٢٤، كشف الأسرار ٣٩٢/٤ ومن الفقهاء من فرق في المأثم بين الإنسان والمال فقال: "لو أذن في قتل عبده فقتله لزمته كفارة لله تعالى وأثم، ولو أذن في إتلاف ماله سقط الضمان والمأثم، ولا كفارة" الفروع لابن مفلح ٥١٦/٤، الإنصاف ٢١٧/٦، مطالب أولي النهى ٤٦/٤.

(٣) الحاوي للماوردي ١٢٦/٤.

(٤) المنثور ٣٦٠/٣.

الثالث: أن يكون الإتلاف على الوجه المأذون فيه، أما إذا كان الإتلاف بوجه يخالف الإذن فلا يسقط الضمان[١]، فلو أعاره ثوبا فتلف بالاستعمال لا يضمن، لأن «الإذن في الاستعمال تضمَّن الإذن في الإتلاف به، وما أُذِن في إتلافه لا يضمن»[٢]، أما إن حمل في الثوب ترابا فتلف به ضمنه لتعديه به؛ لأنه إنما أذن في إتلافها على وجه الانتفاع، فإذا تلفت على غير الوجه الذي أذن فيه ضمنها.

وهذه القاعدة محل إعمال عند عامة الفقهاء في الجملة، فقد ورد التعليل بلفظها أو معناها في كتب المذاهب الفقهية المختلفة، والخلاف في بعض فروعها إنما هو في كون الفرع من مشمولات القاعدة أو لا؛ كالخلاف في الذي وهب دمه لقاتله، هل يعتد بإذنه، ويؤثر ذلك في سقوط الضمان أم لا؟ وسبب عدم اعتبار الإذن في هذه الحالة هو أن الإباحة لا تجري في النفوس؛ إذ لا يجوز لمسلم أن يقتل مسلما معصوم الدم بحال من الأحوال، حتى لو أكره بالقتل[٣].

أدلة القاعدة:

لأن «للإنسان أن يتصرف في ملكه كيفما شاء»[٤]، فصاحب الحق إذا أسقط حقه بالإذن له في الإتلاف طوعًا سقط الضمان[٥].

---

(١) انظر: المغني ١٢٩/٥.

(٢) شرح منتهى الإرادات ٢٩٤/٢.

(٣) انظر المسألة في: بدائع الصنائع ٢٣٦/٧، تبيين الحقائق ١٩٠/٥، الجوهرة النيرة ١٢٦/٢، التاج والإكليل ٢٩٧/٨، مواهب الجليل ٢٣٥/٦-٢٣٦، المنثور ٨٠/١، أسنى المطالب ٧/٤-٨، تحفة المحتاج ٣٩١/٨، مغني المحتاج ٢٩١/٥، الإنصاف ٤٥٥/٩، شرح منتهى الإرادات ٢٦٣/٣، الموسوعة الفقهية الكويتية ٢٨٧/٦.

(٤) درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٩٤/١.

(٥) انظر: المبسوط ٩٢/٢٤، كشاف القناع ٥١٨/٥.

تطبيقات القاعدة :

أولاً : تطبيقات هي أحكام جزئية :

١- لو أكره على إتلاف مال غيره إكراها غير ملجئ، فأذن له صاحب المال بإتلاف ماله من غير إكراه على الإذن فأتلفه فلا ضمان عليه؛ لأن الإذن بالإتلاف يسقط الضمان[١].

٢- لو أذن صاحب الدابة لجاره مثلاً بقتل دابته إذا دخلت داره، وتأذى بها فقتلها، فلا ضمان عليه؛ لأن الإذن بالإتلاف يسقط الضمان[٢].

٣- إذا طلب المريض من الطبيب أن يقطع يده المصابة بالأكلة- كالغرغرينا، فقطعها فلا ضمان عليه؛ لأن «الحق في الطرف لصاحب الطرف، وقد أسقطه بالإذن»[٣]، وطلب إجراء عملية البتر، والمأذون فيه غير مضمون.

٤- إذا كان قوم في سفينة وفيها متاع، فثقلت السفينة من المتاع، وأشرفت على الغرق، فألقى بعضهم متاع غيره بإذنه في البحر لتخف السفينة، لا يلزمه الضمان[٤]؛ لأن ما أذن في إتلافه غير مضمون.

٥- لو أذنت لأحد أن يفسد مالك فأفسده لم يلزمه الضمان[٥].

---

(١) انظر: المبسوط ٢٤/٩٢-٩٣، بدائع الصنائع ٧/١٧٩.

(٢) انظر: مغني المحتاج ٤/١٣٤، المغني لابن قدامة ٩/٢٢.

(٣) انظر: المبسوط للسرخسي ٢٤/٩١.

(٤) انظر: تحفة المحتاج ٩/٢٣، مغني المحتاج ٥/٣٥٤، المغني لابن قدامة ٩/١٦١، شرح منتهى الإرادات ٢/١٢٨.

(٥) شرح النيل لأطفيش ١٠/٣٨٠.

ثانيًا : تطبيقات هي قواعد متفرعة :

التطبيق الأول من القواعد :

٨٧٠- الإِتْلافُ بِالإِذْنِ الْعُرْفِيِّ مُنَزَّلٌ مَنْزِلَةَ الإِتْلافِ بِالإِذْنِ اللَّفْظِيِّ[١] .

شرح القاعدة :

معنى القاعدة : أن من أتلف شيئا، وكان إقدامه على الإتلاف مبنيا على إذن عرفي فإنه ينـزل منـزلة الإتلاف بالإذن الصريح، ويكون مسقطا للضمان؛ لأن الإذن كما يستفاد من صريح اللفظ يستفاد كذلك بدلالة العرف؛ إذ «الإذن دلالة بمنـزلة الإذن إفصاحًا»[٢]؛ كما لو رأى شاة أشرفت على الهلاك ولم يبق أمل في حياتها فذبحها فلا يلزمه ضمانها؛ لأن ذلك مأذون فيه عادة[٣]. ولكن يشترط للعمل بالإذن العرفي أن لا يكون هناك صريح يعارضه؛ لأن التصريح أقوى من الدلالة، والضعيف لا يقاوم القوي؛ فللمرأة أن تتصدق من مال زوجها في غيابه بمثل ما جرت به العادة؛ لأن ذلك مأذون فيه عرفا، لكن إن قال لها: لا تتصدقي من مالي بقليل ولا كثير، لم يجز لها ذلك؛ إذ «لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح»[٤].

ومن تطبيقاتها :

١- من استأجر عمالا لهدم منـزله ونقل أنقاضه، فتبرع آخر بذلك، وهدم

---

(١) قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ١٢٨/٢.

(٢) المبسوط ١٤٥/٤-١٤٦.

(٣) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٥٩٨/٢.

(٤) فتح القدير ٢٥٤/٨، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٣١/١.

المنـزل على الوجه المعتاد بلا إذن صريح؛ فلا يلزمه ضمان؛ لوجود الإذن دلالة[١].

٢- إذا استأجر خبازا ليخبز له، فترك الخبز في التنور على ما جرت العادة في مثله فاتفق أنه احترق لم يلزمه الضمان؛ لأنه لو صرح له ذلك بلفظه لم يلزمه ضمان؛ لوجود الإذن، فكذلك الإتلاف بالإذن العرفي منـزل منـزلة الإتلاف بالإذن اللفظي[٢].

٣- إذا شد القصـاب رجل شاة وقيدها ليذبحها، فتبرع أحد فذبحها دون إذن صريح فلا يلزم الذابح ضمان؛ لوجود الإذن العرفي دلالة[٣].

٤- لا يضمن مستعير إن تلفت العارية أو بَلِي جزء منها باستعمالها بمعروف فيما استعيرت له؛ لأن الإذن في الاستعمال تضمن الإذن في الإتلاف الحاصل به عرفًا[٤]، والإتلاف بالإذن العرفي لا يوجب الضمان.

---

(١) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٢/٥٩٨.

(٢) انظر: قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ٢/١٢٨.

(٣) انظر: تبيين الحقائق ٦/٩، البحر الرائق ٨/٢٠٤، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٢/٥٩٨.

(٤) انظر: المغني ٥/١٢٩، شرح منتهى الإرادات ٢/٢٩٣-٢٩٤، مطالب أولي النهى ٣/٧٤٤.

التطبيق الثاني من القواعد :

٨٧١- نص القاعدة: الرِّضَا بِالسَّبَبِ يَمْنَعُ وُجُوبَ الضَّمَانِ[1].

شرح القاعدة :

معنى القاعدة: أن من رضي بشيء قد يكون سببا في إتلاف ماله وضياع حقه فإن ذلك يقتضي ويستلزم قبوله لما نتج عن ذلك الرضا من التلف، ويمنع من المطالبة بالضمان والتعويض؛ لأنه برضاه بالسبب أسقط حقه الناتج عن ذلك السبب؛ كما إذا اشترى رجلان ابن أحدهما أو غيره من ذي رحم محرم عتق من القريب نصيبه؛ لأنه ملك شقص قريبه، ولا يلزم المعتق أن يضمن لشريكه نصيبه، سواء كان موسرا أو معسرا؛ وذلك لأن شراء الشريك معه رضا منه بالذي يكون به العتق، والرضا بالسبب يمنع وجوب الضمان[2]؛ وكمن اشترى آلة كهربائية فيها عيب قد يؤدي إلى تلفها عند استخدامها، وأمسكها راضيا بالعيب، فتلفت عند الاستخدام فلا ضمان على البائع؛ لأن المشتري رضي بالسبب، والرضا بالسبب يمنع وجوب الضمان.

ومن تطبيقاتها :

١- إذا اشترى سيارة بها عيب - وهو يعلم أن هذا العيب قد يتلف السيارة - ثم تلفت السيارة، فليس للمشتري أن يطالب البائع بالتعويض؛ لأنه أقدم على الشراء وهو يعلم بالسبب المؤدي للإتلاف والهلاك ورضي به؛ والرضا بالسبب يمنع وجوب الضمان[3].

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي ٧/٧٢.
(٢) انظر: المبسوط للسرخسي ٧/٧٢.
(٣) انظر: موسوعة القواعد الفقهية للبورنو ٥/٤٠٩.

٢- إذا نزل أحد دارا، واتخذ فيه مكانا للطبخ، ورضي صاحب الدار بذلك، فوقعت شرارة من النار، فاحترق البيت من غير تعد أو تفريط فلا ضمان على المتلف[١]؛ لأن الرضا بالسبب يمنع وجوب الضمان.

٣- إذا استأجر أحد محلا تجاريا، وبنى فيه تنورا يخبز فيه، فرضي مالكه بذلك فاحترق المحل من تنوره دون تعد أو تفريط فلا ضمان على المستأجر[٢]؛ لأن المالك رضي بالسبب، والرضا بالسبب يمنع وجوب الضمان

٤- من دخل بيتا فوجد فيه قَفَصا فيه طائر جميل، ففتحه وصاحبه ينظر إليه فسكت عن فعله ورضي به، فطار لم يضمن الفاتح[٣]؛ لأن الرضا بالسبب يمنع وجوب الضمان.

محمد عمر شفيق الندوي

* * *

---

(١) انظر: الدر المختار مع رد المحتار ٦/١٧، العقد المنظم للحكام لابن سلمون ٢/٨١.

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي ١٥/١٥٤.

(٣) انظر: مجمع الأنهر ٢/٦٦٣، الفتاوى الهندية ٦/٥٤.

رقم القاعدة: ٨٧٢

نص القاعدة: جِنَايَةُ الإِنْسَانِ عَلَى نَفْسِهِ وَمَالِهِ هَدَرٌ[١].

قواعد ذات علاقة:

١- الضمان يتعلق بالإتلاف[٢]. (أصل استثنيت منه القاعدة).

٢- قد يضمن الإنسان ما أتلفه من مال نفسه إما لتعلق حق الله تعالى به أو حق الآدمي وقد يضمن غيره ما باشر هو إتلافه من ملكه[٣]. (مقيدة).

٣- إذا تولد الشيء بين مضمون وغير مضمون؛ فهل يعطى جميعه حكم الضمان؟[٤]. (تكامل).

---

(١) انظر: الفروق للقرافي ٣٣١/٤، المغني لابن قدامة ١٥٨/٩ والصيغة المختارة مركبة من صيغ دالة على شقي القاعدة:
صيغ دالة على أن جناية الإنسان على نفسه هدر: منها: "جناية المرء على نفسه هدر"، المبسوط للسرخسي ١٧٢/٢١، ومنها: "جناية الإنسان على نفسه هدر"، بدائع الصنائع للكاساني ٣٠١/٢، البحر الرائق لابن نجيم ٣١٣/٨، ومنها: "جناية الإنسان على نفسه لا يتعلق بها حكم من أحكام الدنيا"، الهداية، شرح البداية للمرغياني ٢١٧/١، البناية للعيني ٧٥٧/٤، ومنها: "من جنى على نفسه أو طرفه عمدا أو خطأ فلا شيء له من بيت المال وغيره"، الإقناع للحجاوي ٢٠٣/٤.
صيغ دالة على أن جناية الإنسان على ماله هدر: منها: "جناية الجاني على ملك نفسه لا توجب ضمانًا"، الفروق للكرابيسي: ٢٢٣/٢، ومنها: "جناية الإنسان على ملك نفسه غير مضمونة عليه"، بدائع الصنائع للكاساني ٤٧٢/٢.

(٢) الذخيرة للقرافي ٢٨١/٨.

(٣) المنثور للزركشي ٣٤٣/٢.

(٤) الأشباه والنظائر للسبكي ١٤٨/١، نواضر النواظر لابن الصاحب ١/٤٤/١، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

٤- المخطئ في مال نفسه هل يعذر بخطئه أم لا؟[١]. (أخص باعتبار شطرها الثاني).

٥- لا يجب للإنسان شيء على نفسه[٢]. (مبينة).

٦- الجناية إذا حصلت من فعل مضمون ومهدر سقط ما يقابل المهدر واعتبر ما يقابل المضمون[٣]. (تكامل).

شرح القاعدة:

الهدَر محركة: مصدر هدر اللازم المتعدي، ما يبطل من دم وغيره، ويقال هدرته وأهدرته: فعَلَ وأفعل فيه بمعنى[٤].

ومعنى القاعدة أن ما جناه الإنسان على نفسه وماله لا يستحق عنه قودا ولا عقلا بل لا يتعلق به حكم شرعي في الدنيا فهو معتبر كأن لو لم يكن.

فالقاعدة ذات شقين لأن جناية الإنسان على نفسه إما أن تكون متعلقة بذاته أو بأملاكه:

١- شق متعلق بجناية الإنسان على نفسه بإتلافها أو إتلاف بعض أعضاء جسده وعبر عنه الفقهاء بصيغة خاصة به هي: «من جنى على نفسه أو طرفه عمدًا أو خطأ فلا شيء له من بيت المال وغيره»[٥].

---

(١) شرح المنهج المنتخب للمنجور ٣٥٢/١، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٢) المغني لابن قدامة ٣٠٣/٨، وبصيغة: العوض لا يجب على الإنسان في مقابلة ملكه، الجوهرة النيرة للعبادي الزَّبِيدِيّ ١٧٩/٣.

(٣) انظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٤) انظر: القاموس المحيط للفيروز آبادي ص٤٩٦.

(٥) الإقناع للحجاوي ٢٠٣/٤.

٢- شق متعلق بأملاك الشخص تصرح به قاعدة: «جناية الجاني على ملك نفسه لا توجب ضمانا»[١] وصيغها الأخرى.

ويدخل في عموم هذا المعنى كل تصرف وقع من المالك في ملك نفسه وترتب عليه انتقال جزء من ماله إلى غيره سواء وقع ذلك عن طريق المعاوضة أم غيرها غير أن الإنسان قد يعذر في مثل تلك الحالات إذا وقع منه نقل ماله إلى غيره على وجه الخطأ والغلط عملا بالشطر الأول للقاعدة المالكية الخلافية: «المخطئ في مال نفسه هل يعذر بخطئه أم لا»؟[٢].

والجناية قد تحصل من فعل مضمون ومهدر وهو مقتضى قاعدة: «الجناية إذا حصلت من فعل مضمون ومهدر سقط ما يقابل المهدر واعتبر ما يقابل المضمون» المتكاملة مع القاعدة التي بين أيدينا.

وهذه القاعدة بشقيها معقولة المعنى لذا نجد بعض الفقهاء يعبر عن تضمين المرء مال نفسه بالمحال[٣]؛ ومع ذلك فإن الزركشي استثنى منها حالتين[٤]:

حالة أولى: يضمن فيها الإنسان ما أتلفه من مال نفسه إما لتعلق حق الله تعالى به أو حق لآدمي ومثال الأول: المحرم إذا قتل صيد نفسه فإنه تلزمه الكفارة ومثال الثاني: الراهن إذا أتلف المرهون يضمنه بالبدل، ويكون رهنًا مكانه وبتأمل صور هذه الحالة الأولى يتبين أن علة ضمان الإنسان ما أتلفه فيها إنما هي تقييد الشارع لتصرفه فيها لسبب طارئ يجعل ملكه لها ناقصًا ما دام ذلك العارض قائمًا.

(١) الفروق للكرابيسي ٢/٢٢٣.
(٢) شرح المنهج المنتخب للمنجور ١/٣٥٢.
(٣) انظر: حاشية الرملي ٣/٧٥.
(٤) انظر: المنثور للزركشي ٢/٣٤٣.

حالة ثانية : يضمن فيها غير الإنسان ما باشر هو إتلافه من ملكه كما لو قال له شخص: ألق متاعك فى البحر وعلي ضمانه وصور هذه الحالة إنما يتعين فيها ضمان غير المالك لأنه غارّ للمالك فهو في حكم المتلف وإن لم يباشر الإتلاف.

وبالجملة فالقاعدة محل اتفاق بين جمهور الفقهاء نعم حكى ابن قدامة روايتين داخل المذهب الحنبلي فيما وقع خطأ من جناية المرء على نفسه، أو على أطرافه:

الرواية الأولى للحنابلة : أن على عاقلته ديته لورثته إن قتل نفسه، أو أرش جرحه لنفسه إذا كان أكثر من الثلث[1] ووافقهم فيها الأوزاعي، وإسحاق[2].

الرواية الثانية للحنابلة : -وهي الأصح عندهم - جنايته هدر جريًا على القاعدة ووافقهم فيها أكثر أهل العلم، منهم: ربيعة، ومالك، والثوري والشافعي، وأصحاب الرأي.

واختلفوا كذلك في شبه العمد هل يلحق بالخطأ أم لا؟ أما العمد فلم يحك خلافًا في اعتباره هدرًا[3].

وينبغي التنبيه إلى أن كون جناية الإنسان على نفسه هدرا إنما هو باعتبار إناطة الأحكام الشرعية الظاهرة بها لا من حيث نفي الإثم عن مرتكبها إذا وقعت منه عمدا، كما هو صريح قول ابن دقيق العيد: «جناية الإنسان علي نفسه كجنايته على غيره في الإثم»[4].

---

(١) واستدلوا لها بأن رجلاً ساق حماراً فضربه بعصا كانت معه، فطارت منها شظية، فأصابت عينه ففقأتها فجعل عمر ديته على عاقلته.
وقال: هي يد من أيدي المسلمين، لم يصبها اعتداء على أحد ولم يعرف له مخالف في عصره، وبأنها جناية خطأ، فكان عقلها على عاقلته، كما لو قتل غيره انظر: المغني لابن قدامة ٨/٣٠٣.

(٢) ووافقهم كذلك ابن حزم، انظر: المحلى بالآثار ١٠/٥٠٣.

(٣) انظر: تفصيل هذا الخلاف في المغني لابن قدامة ٨/٣٠٣.

(٤) إحكام الأحكام لابن دقيق العيد ٤/١٥٠.

ولعل أقوى دليل على أن الفقهاء يعتبرون جناية المرء على نفسه كالعدم جعل أكثرهم قاتل نفسه كالميت حتف أنفه في الحكم فيصلى عليه[١]؛ وقول بعضهم إنه لا يسقط المهر بقتل المرأة نفسها قبل الدخول بها[٢]، معللين هذين الفرعين بأنه لا عبرة لجناية المرء على نفسه في أحكام الدنيا[٣].

وتطبيقات هذه القاعدة مبثوثة في مختلف أبواب فقه المعاملات من بيوع وأنكحة وحدود وغيرها.

أدلة القاعدة:

١- عن سلمة بن الأكوع قال: «فلما قدمنا خيبر قال: خرج ملكهم مرحب يخطر بسيفه، ويقول:

قد علمت خيبر أني مرحب   شاكي السلاح بطل مجرب
إذا الحروب أقبلت تلهب

قال: وبرز له عمي عامر فقال:

قد علمت خيبر أني عامر   شاك السلاح بطل مغامر

فاختلفا ضربتين، فوقع سيف مرحب في ترس عامر، وذهب عامر يسفل له، فرجع السيف على ساقه فقطع أكحله، فكانت فيها نفسه». إلى آخر الحديث[٤].

ووجه الاستدلال بهذا الحديث أن عامر بن الأكوع لما رجع سيفه، فمات بفعل نفسه خطأ لم يقض فيه النبي ﷺ بدية ولا غيرها، ولو وجبت لبينه النبي ﷺ[٥].

---

(١) وهو قول الحسن والنخعي وقتادة ومالك وأبي حنيفة والشافعي وجماهير العلماء: انظر شرح النووي على صحيح مسلم ٧/٤٧، وانظر: البحر الزخار لأحمد بن المرتضى ٣/٩٥.
(٢) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٢/١٦٥.
(٣) انظر: البناية للعيني ٤/٧٥٧.
(٤) رواه مسلم في صحيحه ٣/١٤٣٣(١٨٠٧).
(٥) انظر: المغني لابن قدامة ٨/٣٠٣.

٢- الدليل العقلي لأن جناية الإنسان على نفسه خطأ هدر؛ لأن وجوب الدية والأرش في الجناية خطأ على العاقلة إنما كان مواساة للجاني، وتخفيفا عنه، وليس على الجاني هاهنا شيء يحتاج إلى الإعانة والمواساة فيه، فلا وجه لإيجابه[١] أما إذا كانت الجناية على النفس عمدا فقد حكى ابن قدامة الإجماع على أنه لا شيء للجاني[٢].

٣- لأن تضمين المرء مال نفسه محال[٣].

تطبيقات القاعدة :

١- لو دخل المالك دار الغاصب فأكل طعاما على اعتقاد أنه طعام الغاصب فكان طعامَه المغصوبَ يبرأ الغاصب لأنه أتلف مال نفسه في جهة منفعته من غير تغرير من الغاصب، وجناية الإنسان على نفسه وماله هدر[٤].

٢- إذا باشر المالك العارية فأتلفها فلا ضمان على المستعير بحال لأنه أتلف مال نفسه[٥]، وجناية الإنسان على نفسه وماله هدر.

٣- إذا أتلف صبي مودِعٌ وديعته بلا تسليط من الوديع فلا ضمان على الوديع لأن فعل الصبي لا يمكن إحباطه وتضمينه مال نفسه محال فتعينت براءة الوديع[٦]؛ لأن جناية الإنسان على نفسه وماله هدر.

٤- إذا تعيَّب المبيع عند المشتري بعد قبضه فقد عيب مال نفسه فلا يرجع

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة ٣٠٣/٨.
(٢) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة ٤٩٦/٩.
(٣) انظر: حاشية الرملي ٧٥/٣.
(٤) انظر: الشرح الكبير للرافعي ٢٥٥/١١، روضة الطالبين للنووي ١١/٥، الذخيرة للقرافي ٣٠٠/٨.
(٥) انظر: حاشية الرملي ٧٥/٣.
(٦) انظر: نهاية المحتاج للرملي ١١٤/٦.

بأرشه على غيره؛ لأن جناية الإنسان على نفسه وماله هدر[١].

٥- إذا باع طفل شيئًا من مال إنسان في حال طفولته وأخذ الثمن فهلك في يده أو أهلكه فلوليه أن يسترد المبيع من المشتري ولا ضمان على الطفل فيما أخذ ولو بلغ الصبي بعد ما هلك الشيء في يده أو أهلكه واسترد المبيع فلا يجب عليه ضمان الذي أهلكه؛ لأن المشتري أهلك مال نفسه بدفعه إليه[٢]، وجناية الإنسان على نفسه وماله هدر.

٦- من قتل نفسه عمدا أو خطأ فدمه هدر لا تحمله عاقلة ولا غيرها[٣]؛ لأن جناية الإنسان على نفسه هدر.

٧- إذا نفحت الدابة الناخس فدمه هدر لأنه بمنزلة الجاني على نفسه[٤] وجناية الإنسان على نفسه هدر، هذا إذا نخس أو ضرب بغير أمر الراكب[٥].

٨- إذا اصطدم شخصان بحيث كان أحدهما واقفا فصدمه الآخر فماتا فدم الصادم هدر ودية صاحبه على عاقلة الصادم لأن الصادم تفرد بالجناية على نفسه وعلى الواقف المصدوم[٦]، وجناية الإنسان على نفسه هدر.

٩- لو حفر شخص بئرا في الطريق فوقع رجل فيها فتعلق بآخر؛ فإن علم

---

(١) انظر: شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢/٥٨.
(٢) انظر: أدب المفتي والمستفتي لابن الصلاح ٢/٥٦٧.
(٣) انظر: الرسالة لابن أبي زيد القيرواني ١/١٢٥، التلقين للقاضي عبد الوهاب ٢/٤٨٠، شرائع الإسلام للحلي ٤/٢٧٢.
(٤) انظر: مجمع الأنهر لشيخي زاده ٤/٣٧٩.
(٥) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٣/٢٨٢.
(٦) انظر: الحاوي الكبير للماوردي ١٢/٣٣٠.

أنه مات بوقوع الثاني عليه خاصة - ولم يمت بوقوعه في البئر خاصة- فدمه هدر[١]؛ لأنه هو الذي قتل نفسه حيث جر قاتله على نفسه، وجناية الإنسان على نفسه هدر.

١٠- إذا نقص المهر في يد المرأة قبل الطلاق بفعل المرأة فالزوج بالخيار إن شاء أخذ نصفه ولا شيء له من الأرش وإن شاء أخذ نصف قيمته لأنها ملكت المهر بالعقد وتم ملكها بالقبض، فإذا جنت عليه قبل الطلاق فهذه جناية منها على ملكها، وجنايتها على ملكها هدر، فصار كما لو لم يكن[٢].

بدي أحمد سالم

* * *

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة ٨/٣٢٩.

(٢) انظر: الفروق للكرابيسي ١/١٢١، ومن تطبيقات القاعدة: إذا رهن شخص سيفا أو ترسا من جلد فضرب الراهن المرتهن بغيا منه فاتقى المعتدى عليه بأحدهما فانكسر السيف أو قطعت الترس، فالباغي ضامن، ولا يضمن له المرتـهن شيئًا؛ لأنه هو المتلف لمال نفسه ببغيه. انظر: شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ١١/٢٠٤-٢٠٥.

رقم القاعدة: ٨٧٣

نص القاعدة: التَّابِــعُ لا يُضْمَنُ[١].

صيغ أخرى للقاعدة :

١- ما فات تابعًا لا ضمان له[٢].

٢- لا يجب ضمان التابع[٣].

قواعد ذات علاقة :

١- التابع تابع[٤]. (أصل للقاعدة).

٢- التابع لا يفرد بحكم[٥]. (أعم).

٣- الأوصاف لا تفرد بالعقد فلا تفرد بضمان العقد[٦]. (أخص).

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٢٦١، المبدع لابن مفلح ٣/١٢٧، الفروع لابن مفلح ٣/٣٥٤، الإنصاف للمرداوي ٣/٤٥٩.

(٢) تقويم النظر لابن الدهان ٤/٣٧٦.

(٣) شرح زاد المستقنع للشنقيطي، باب ديات الأعضاء ومنافعها، مسألة حكم ضمان التابع غير مطبوع.

(٤) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٢٠، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١١٧، شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٢٥٣ وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٥) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص١٢٠، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١١٧، المجلة العدلية، المادة: ٤٨ وشروحها، المدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقا ٢/١٠٢٤، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٦) المبسوط للسرخسي ١٣/١٧١، الفروق للكرابيسي ٢/٧٣، البحر الرائق لابن نجيم ٣/١٥٥.

٤- المرهون تبعًا لا يكون له حصة من الضمان؛ إلا إذا صار مقصودًا بالفكاك[١]. (أخص).

شرح القاعدة:

المراد بالضمان تحمل تبعة الهلاك والنقصان.

والأصل في الضمان أن من أتلف شيئًا وجب عليه أن يضمنه بمثله إن كان له مثل، أو بقيمته إن لم يكن له مثل، أو بغير ذلك من صور الضمان المقررة شرعا؛ كفدية الإتلاف في حالة الإحرام أو الدية في الجناية على النفس أو ما دونها ونحو ذلك.

وهذه القاعدة تبين أثر التبعية في ضمان التابع ومعناها أن التوابع التي تكون مضمونة عند انفرادها إذا هلكت مع أصولها فإنها لا تُضمن، سواء كان الضمان فيها لحق الله تعالى، أو لحق العباد، بل هي تندرج في متبوعها، وتأخذ حكمه فإن وجب الضمان في المتبوع دخل ضمان التابع فيه، واكتفي بضمان الأصل؛ كما في الجناية على الأطراف إذا أفضت إلى الموت، فإن الجناية الصغرى تدخل في الكبرى، ولا توجب إلا دية النفس، دون دية الأطراف، وإن سقط الضمان في المتبوع سقط في التابع، ولم ينفرد التابع بضمان مستقل، كما في سقوط فدية إزالة الشعر عن المحرم إذا زال بسبب بتر عضو من أعضائه للعلاج.

والقاعدة تتضمن ثلاث صور:

الأولى: سقوط ضمان التابع في حالة الإحرام إذا زال نتيجةً لإزالة أصله.

الثانية: سقوط ضمان التوابع في باب الجنايات إذا تلفت مع أصولها، أو

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ١٥٢/٦.

سرت الجراحة إليها، وذلك بدخول أحدهما في الآخر، وكذلك إذا وقعت الجناية على المتبوع قبل برء التابع، ولكن يشترط حينئذ اتحاد الجاني، أما لو تعدد الجناة فلا يتداخل الضمان، قال العز بن عبد السلام: «تدخل ديات الأطراف في دية النفس إذا فاتت قبل الاندمال؛ لأن الجراحات قد صارت قتلا، ولو قتله أجنبي لزمه دية لنفسه، ووجبت دية الأطراف على قاطعها»[(١)]، وذلك «لأنه لا ينبني فعل غيره على فعله، أشبه ما لو اندمل الجرح»[(٢)].

الثالثة: سقوط ضمان توابع المعقود عليه إذا وُجد بها عيب يوجب الرد أو استُحقت بعد تلفها[(٣)] أو غير ذلك، فمن باع نخلا عليه طلع غير مؤبر، فهلكت الثمرة، ثم أفلس المشتري بالثمن، فرجع البائع في النخلة فإنه يأخذها بجميع الثمن على وجه؛ لأن الثمرة تابعة للأصل في البيع فلم يقابلها قسط من الثمن والضمان[(٤)].

وسقوط ضمان التابع في الصورة الأولى والثانية إنما هو عند هلاك التابع مع متبوعه أما إذا وقع الإتلاف على التوابع وحدها دون متبوعها لزم ضمانها، كما لو اعتدى شخص على يد أحد فقطعها وجب عليه ضمانها بالدية إذا تنازل صاحبها عن القود.

والقاعدة محل اتفاق بين الفقهاء في الجملة، وإن كان ثمة اختلاف بينهم في بعض صورها وحالاتها، ومن ذلك اختلافهم في توابع المعقود عليه هل تضمن عند الإتلاف أم لا؟ وهو مبني على الخلاف في أن «الأتباع هل لها قسط

---

(١) قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ١/٢٥٢.
(٢) الكافي في فقه الإمام أحمد لابن قدامة ٤/٢٦.
(٣) انظر: صور استحقاق التابع، والكلام في ضمانه في شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٢٥٦.
(٤) انظر: المهذب للشيرازي ٢/١١٩.

من الأثمان أم لا؟»[١]، فالمالكية لهم في ذلك قولان[٢]، وكذلك الشافعية، كما يتبين ذلك من خلافهم في «الحمل له حكم وقسط من الثمن أم لا؟»[٣]، أما الحنفية فذهبوا إلى أن الأتباع غير مضمونة إلا إذا أصبحت مقصودة؛ قال الحصيري: «التوابع لا قسط لها من الثمن والضمان إلا عند صيرورتها مقصودة بالاستيفاء حقيقة أو حكما»[٤].

وقد استثنى الفقهاء جنين المرأة من هذه القاعدة، فمن جنى على امرأة حامل فقتلها، وجبت دية الأم والجنين، مع أنه تبع لها، لكن اشترط عامة الفقهاء انفصال الجنين عن الأم بعد الجناية، أما إذا وقعت الجناية على أمه فمات معها، ولم يخرج فلا ضمان فيه؛ لأنه في حكم عضو من أعضائها[٥]، وقد استنبط بعض المعاصرين من هذه المسألة ومسألة ضمان زوائد المغصوب[٦] أصلاً مخالفًا للقاعدة، وهو أن «التابع مضمون بالاعتداء»[٧]، مع أن المسألتين ليستا إلا استثناء من القاعدة، وسبب استثناء الأولى هو حديث أبي هريرة رضي الله عنه، قال: اقتتلت امرأتان من هذيل، فرمت إحداهما الأخرى

---

(١) إيضاح المسالك للونشريسي ص ١٠٣، شرح المنهج المنتخب للمنجور ١/٣٦٢.

(٢) انظر: المراجع السابقة، وعقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٢/٦٤٥، شرح ميارة على تحفة الحكام ٢/٨٧.

(٣) المجموع للنووي ٨/٣٣٢ وانظر: الأشباه والنظائر للسبكي ٢/١٨٦، فتح العزيز للرافعي ٨/٣٨١، روضة الطالبين للنووي ٣/٤٩٤.

(٤) القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير للدكتور علي أحمد الندوي ص٤٨٥.

(٥) انظر: تفسير القرطبي ٥/٣٢١، التمهيد لابن عبد البر ٦/٤٨١، شرح صحيح البخاري لابن بطال ٨/٥٥١، روضة الطالبين للنووي ٩/٣٦٦ وخالف في ذلك ابن حزم فقال يلزم ضمان الجنين مطلقا إذا تبين الحمل، سواء طرحت الأم جنينها ميتًا أو لم تطرحه انظر: المحلى ١١/٢٣٤-٢٣٥.

(٦) حيث إنها مضمونة عند الجمهور. انظر: الفواكه الدواني للنفراوي ٢/١٧٦، شرح ميارة على تحفة الحكام ٢/٢٥٥، فتح العزيز للرافعي ١١/٢٤٨، روضة الطالبين للنووي ٥/٢٧، المغني لابن قدامة ٥/١٥١.

(٧) الموسوعة الفقهية الكويتية ١٠/١٠٠.

بحجر فقتلتها وما في بطنها، فاختصموا إلى النبي ﷺ فقضى أن دية جنينها غرة، عبد أو وليدة، وقضى أن دية المرأة على عاقلتها[١]، وسبب استثناء الثانية هو أن الزوائد نماء مال المغصوب حصل في يد الغاصب من أصل مضمون متعد به، فيضمنها بالتلف كالأصل الذي تولدت منه[٢].

أدلة القاعدة :

١- قاعدة: «التابع لا يفرد بحكم»[٣]، حيث إنها تدل على أن التابع لا يستقل بحكم عن متبوعه، وفي استقلال التابع بالضمان إفراد له بالحكم.

٢- قاعدة: «الأصغر هل يندرج في الأكبر أو لا؟»[٤]، دليل للصور التي يحصل فيها التداخل بين التابع والمتبوع.

تطبيقات القاعدة :

١- المُحرم إذا احتاج إلى قطع شيء من جلده لإصابة أصيب بها، لا تلزمه فدية إزالة الشعر؛ لأن الشعر تابع للجلد ، والتابع لا يضمن[٥].

٢- إذا اضطر المُحرم إلى بتر أصبع من أصابعه، فلا تلزمه فدية إزالة

---

(١) رواه البخاري ١١/٩ (٦٩١٠)، ومسلم ١٣٠٩/٣ (١٦٨١).

(٢) انظر: المهذب للشيرازي ٢٠١/٢، البيان للعمراني ٣٤/٧، المغني لابن قدامة ١٥١/٥، شرح الزركشي على الخرقي ١٧٥/٤، كشاف القناع للبهوتي ٨٧/٤.

(٣) شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٥٣٨/١، مطالب أولي النهى ٣٢٤/٢، شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٢٥٧، المدخل الفقهي العام للزرقا ١٠٢٤/٢ وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٤) إيضاح المسالك للونشريسي ص ١٦٧، شرح المنهج المنتخب للمنجور ٢٢٧/١، شرح اليواقيت الثمينة للسجلماسي ١٩٢/١ وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "الأصغر يندرج في الأكبر".

(٥) انظر: المهذب للشيرازي ٣٨٩/١، المغني لابن قدامة ٢٦١/٣، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٥٣٧/١-٥٣٨، مطالب أولي النهى للرحيباني ٣٢٤/٢، المنثور للزركشي ٢٧٢/١ وانظر أيضًا: الجوهرة النيرة للحدادي ١٧٠/١.

الظفر؛ لأنه إنما يزول تبعًا، والتابع لا يضمن[١].

٣- إذا لبس المحرم ثوبا مطيبا وجبت عليه فدية واحدة؛ لأن الطيب تابع للثوب[٢]؛ والتابع لا يضمن.

٤- إذا هلك نماء الرهن المتولد منه؛ مثل الولد والثمر واللبن والصوف عند الراهن لم يجب فيه الضمان؛ لأنه تبع لأصله، والأتباع لا قسط لها مما يقابل بالأصل، فلا تضمن[٣].

٥- من قطع أشفار عيني إنسان كان عليه ديتهما دون أهدابهما؛ لأنها تابعة للأشفار، والتابع لا يضمن[٤].

٦- من جنى على أحد فقطع كفه بأصابعه، ورضي بالدية، لم تجب فيه إلا دية اليد، وتندرج فيها دية الأصابع؛ لأنها تبع[٥]، والتابع لا يضمن.

٧- إذا قطع الشفة دخلت معها حكومة الشارب؛ لأنه تبع[٦]، والتابع لا يفرد بالضمان.

٨- لو قطع القصبة مع المارن – وهو ما لان من الأنف - دخلت حكومتها في دية المارن؛ لأنها تابعة[٧]، والتابع لا يضمن.

محمد عمر شفيق الندوي

* * *

(١) انظر: شرح منتهى الإرادات للبهوتي ١/٥٣٧-٥٣٨، كشاف القناع للبهوتي ٢/٤٢٣.
(٢) انظر: المهذب للشيرازي مع المجموع ٧/٣٩٠، المنثور ١/٢٧٢، الأشباه للسيوطي ص ١٢٧.
(٣) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٦/١٥٢، الهداية للمرغيناني ٤/٤٣٩، تبيين الحقائق للزيلعي ٦/٩٤.
(٤) انظر: شرح منتهى الإرادات للبهوتي ١/٥٣٨، مطالب أولي النهى ٢/٣٢٤.
(٥) انظر: الإنصاف للمرداوي ١٠/١٠٢، شرح منتهى الإرادات ٣/٣١٧، مطالب أولي النهى ٦/١٢٦.
(٦) انظر: أسنى المطالب ٤/٥٤، مغني المحتاج ٥/٣٠٩.
(٧) انظر: تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ٨/٤٦٦، نهاية المحتاج للرملي ٧/٣٢٧.

رقم القاعدة: ٨٧٤

نص القاعدة: "مَنْ تَصَرَّفَ بِوِلايَةٍ شَرْعِيَّةٍ لَمْ يَضْمَنْ"[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- من له ولاية شرعية يتصرف من غير عوض[٢].

٢- أمين الشرع لا يضمن إلا إذا تحققت خيانته أو تفريطه[٣].

قواعد ذات علاقة:

١- الجواز الشرعي ينافي الضمان[٤]. (أعم).

٢- ما على المحسنين من سبيل[٥]. (دليل وتعليل للقاعدة).

٣- الأصل أن الواجب لا يتقيد بوصف السلامة والمباح يتقيد به[٦]. (تعليل للقاعدة).

---

(١) الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٥/٤١٧.

(٢) تحفة المحتاج بشرح المنهاج للهيتمي٥/٥٨، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملي٤/٢٤١، حاشية الجمل على شرح منهج الطلاب ٣/٢٧٢.

(٣) نهاية المحتاج ٦/١١٩، ١٢٠.

(٤) درر الحكام شرح غرر الأحكام لملا خسرو ٢/٢٨٩، حاشية ابن عابدين ٧/٣٣٨، المجلة - وشروحها - المادة ٩١، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٥) سورة التوبة/الآية ٩١، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٦) الدر المختار للحصكفي ٦/٥٦٥، وانظر الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢٤٩ وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

٤- القاضي أو أمينه كالإمام وكل منهم لا يضمن[١]. (أخصّ).

٥- الحاكم أو نائبه أمين لا ضمان عليه إلا إذا فرط[٢]. (أخصّ).

٦- خطأ القاضي في بيت المال[٣]. (متفرعة).

٧- ما قبضه الإمام بالولاية مما له قبضه في الشريعة لا يضمنه[٤]. (متفرعة).

٨- سراية الحد ليست مضمونة[٥]. (متفرعة).

شرح القاعدة :

المراد بالولاية الشرعية: السلطة على إلزام الغير وإنفاذ التصرف عليه بدون تفويض منه والولايات الشرعية ولايتان، عامة وخاصة والمراد في القاعدة هو الولاية الشرعية العامة، وتشمل كل من ولي شيئًا من عمل السلطان، كالحاكم، والوزير، والقاضي، وغيرهم.

وقد ذكر بعض الفقهاء أن الولايات الشرعية العامة عشرون ولاية، وذكر منها: الخلافة العامة، والوزارة، والإمارة في الجهاد، وولاية حدود المصالح[٦]، وولاية القضاء، وولاية المظالم، وولاية النقابة على أهل الشرف، والصلاة، والحج، والصدقات، وقسم الفيء، والغنيمة، وفرض الجزية،

---

(١) حاشية الطحطاوي على الدر المختار ٣/٢٨١.

(٢) الشرح الكبير للدردير٣/٢٧٦.

(٣) نظرية التقعيد الفقهي للروكي ص ١٧٩ وانظره بلفظه في قسم الضوابط الفقهية.

(٤) التجريد للقدوري ٣/١٢٢٧.

(٥) شرائع الإسلام للحلي ٤/١٦٤.

(٦) حدود المصالح ثلاثة وهي: حد الردة، وقطع السبيل، والبغي. انظر: أحكام القرآن لابن العربي ٤/٥١.

والخراج، والموات وأحكامه، والحمى، والإقطاع، والديوان، والحسبة[١].

والمراد بالضمان في القاعدة: ضمان المتلفات، وهو كما عرفته مجلة الأحكام العدلية: «إعطاء مثل الشيء إن كان من المثليات وقيمته إن كان من القيميات»[٢].

ومعنى القاعدة: أن كل من له ولاية شرعية إذا تصرف تصرفا بمقتضى ولايته ونشأ عن هذا التصرف ما يوجب الضمان فإنه لا يضمن؛ لأنه نائب عن الشرع، ولأن في إيجاب الضمان عليه صرف الناس عن تقلد المناصب العامة فيتضرر عامة المسلمين.

فلا خلاف بين الفقهاء أن الحدود إذا أقامها الحاكم أو نائبه على الوجه المشروع من غير تعدٍّ أنه لا يضمن ما تلف بها؛ لأنه نائب عن الشرع، ومأمور بإقامتها، فإذا جُلِد شارب الخمر مثلاً ثم مات بسبب الجلد فإن القائم على الجلد لا ضمان عليه بموته[٣]، وكذلك القاضي إذا حكم باجتهاد، وبما يثبت عنده من أدلة وبينات وبما يعرض عليه من ظاهر أحوال المتقاضين، فجانب الصواب وأخطأ في بعض الأحكام؛ فإنه لا يضمن ما تلف بسبب الخطأ في الحكم من أنفس أو أموال أو غيرها من الحقوق وضمان ما ضاع من ذلك يكون على بيت المال عند جمهور الفقهاء؛ لأن القاضي نائب عن الشرع ولم يتعمد الخطأ فإذا كان الخطأ في غير الحكم والاجتهاد، فهو على عاقلته بغير خلاف[٤].

---

(١) انظر: المصدر السابق.

(٢) مجلة الأحكام العدلية: المادة (٤١٦).

(٣) انظر: البحر الرائق ٥/٥٣، حاشية ابن عابدين ٣/١٨٩، مواهب الجليل للحطاب ٦/٣٢١، القوانين الفقهية لابن جزي ص٣٣٠، روضة الطالبين للنووي١٠/١٠١، ١٠٢، المغني لابن قدامة ٨/٣١١، كشاف القناع للبهوتي٦/٨٣.

(٤) انظر: المغني١٠/٣٣٠، نظرية التقعيد الفقهي ص ١٧٩، ١٨٠، شرائع الإسلام في معرفة الحلال والحرام للحلي ٤/٧١.

وهذه القاعدة متفق على أصلها عند عامة فقهاء المذاهب، وهي ليست على إطلاقها؛ بل مقيدة بعدم قصد الضرر، وعدم التعدي فأصحاب الولايات ونواب الشرع إذا تصرفوا في ولايتهم لغرض شخصي، لا بمقتضى الولاية، فنشأ عن هذا التصرف ما يوجب الضمان فإنه يضمن فإذا أخطأ الحاكم في الحكم بجهله أو تعمد مخالفة الشرع في حكمه وتسبب في ما يوجب الضمان، فضمان ذلك عليه في مال نفسه لا في بيت المال[1]، وكذلك إذا تصرف بمقتضى ولايته الشرعية ثم تعدى فيها وعلى ذلك لا يجوز لنواب الإمام كحكام الأقاليم والولايات والوزراء وأصحاب الشرطة استغلال مناصبهم لأغراض شخصية، فإن فعلوا ما يوجب الضمان فإنهم يضمنون ما أتلفوه أو تسببوا في إتلافه من أنفس أو أموال من مالهم الخاص لا من بيت مال المسلمين.

وأصل تقعيد هذه القاعدة هو الاستصلاح؛ فعدم تضمين أصحاب الولايات هو ما تقتضيه المصلحة، إذ لو لم يكن الأمر كذلك لامتنعوا عن الولاية والحكم، ولكان ذلك ذريعة إلى فساد أحوال الناس واختلال الأمن فيهم، فكانت المصلحة تقتضي أن تسد هذه الذريعة بعدم تضمينهم قال القرافي رحمه الله: «المصلحة العامة قد اقتضت عدم تضمين الحكام ما أخطئوا فيه لأن الضمان لو تطرق إليهم مع كثرة الحكومات وتردد الخصومات لزهد الأخيار في الولايات واشتد امتناعهم فيفسد حال الناس بعدم الحكام»[2].

ومما سبق يتبين أن مجال العمل بالقاعدة هو ما كان من تصرفات أصحاب الولايات العامة أثناء قيامهم بمصلحة من المصالح العامة للدولة، فضمان المتلفات إذا وقعت في هذه الحالة يكون على الدولة باعتبارها شخصية معنوية

---

(١) انظر: لباب الآثار لمهنا البوسعيدي ٣١٤/٦.

(٢) الفروق ٢٠٨/٢ وانظر: قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام ٩٠/١، ١٦٥/٢، مغني المحتاج للشربيني ٢٠٠/٤.

يمثلها أصحاب الولايات وفي ذلك يقول الإمام العز بن عبد السلام رحمه الله: «إن الإمام والحاكم إذا أتلفا شيئًا من النفوس أو الأموال في تصرفهما للمصالح فإنه يجب على بيت المال دون الحاكم والإمام ودون عواقلهما؛ لأنهما لما تصرفا للمسلمين صار كأن المسلمين هم المتلفون، ولأن ذلك يكثر في حقهما فيتضرران به ويتضرر عواقلهما»[1].

أدلة القاعدة:

١- قوله تعالى: ﴿مَا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍۚ وَٱللَّهُ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [التوبة:٩١] ووجه الدلالة: أن كلمة (سبيل) في الآية الكريمة جاءت نكرة واقعة في سياق النفي فتفيد العموم، فكل سبيل منفي بالنسبة إلى المحسنين فالمعنى كما ذكر بعض المفسرين: ما من طريق إلى العقوبة قال الإمام القرطبي: «وهذه الآية أصل في رفع العقاب عن كل محسن»[2]. وأصحاب الولايات العامة محسنون لقيامهم بأمر الشرع ومصالح العباد، فإذا تسبب تصرفهم في ما يوجب الضمان فإنهم لا يضمنون لأنهم محسنون ولا سبيل عليهم[3].

٢- عن خالد بن الوليد رضي الله عنه أن النبي ﷺ بعثه إلى أناس من خثعم فاعتصموا بالسجود فقتلهم، فوداهم النبي ﷺ بنصف الدية[4]. ووجه الدلالة: أنه لما قتل خالد رضي الله عنه من قتل وداهم النبى ﷺ، وهذا محمول على أنه وداهم من بيت المال؛ ولم يضمن

---

(١) قواعد الأحكام في مصالح الأنام ١٦٥/٢ بتصرف يسير.
(٢) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٢٢٧/٨.
(٣) انظر: القواعد الفقهية للبجنوردي ١٣/١، القواعد الفقهية عند الإمامية ١٧١/١ - ١٧٢.
(٤) رواه الطبراني في الكبير ١١٤/٤ (٣٨٣٦) وقال الهيثمي في المجمع ٢٥٣/٥: رجاله ثقات.

خالدا؛ لأنه كان نائبه وتصرف بمقتضى ولايته الشرعية، وقتله إياهم كان بتأويل خطأ[١].

٣- الإجماع على بعض فروع القاعدة، ومن ذلك الإجماع على أن الحاكم إذا ترتب على إقامته أو تنفيذه حدا من الحدود الشرعية المقدرة موت المحدود بسبب الجلد في قذف أو زنا أو شرب خمر فلا ضمان عليه لأنه مارس صلاحيته بحق وتصرف بمقتضى ولايته الشرعية[٢].

٤- دليل عقلي: وهو أننا لو ألزمنا أصحاب الولايات الشرعية بالضمان في ما أتلفوه بسبب تنفيذ متطلبات ولاياتهم لامتنعوا عن تولي الولايات أو تطبيق الحدود، وفي ذلك تعطيل الحدود، وإخلال بالنظام العام، وإضرار بمصلحة المجتمع[٣].

تطبيقات القاعدة:

١- إذا أقام من نصّبه الإمام حدًا أو تعزيرًا فمات المضروب، فلا ضمان على الضارب؛ لأن من فعل فعلا بأمر من له الولاية في حقوق العامة لا يضمن بفعله[٤].

٢- إذا أخذ الإمام أو نائبه الزكاة، فهلكت في يده من غير تفريط، لم يضمنها؛ لأن من له ولاية شرعية يتصرف من غير عوض[٥].

٣- إذا حكم القاضي بالدار أو الحيوان للمدعي، ثم تبين له أن الدار أو

---

(١) انظر: مجموع الفتاوى ١٤/٨٣.

(٢) انظر: المغني١٠/٣٣٠، مغني المحتاج ٤/٢٠٠.

(٣) انظر: قواعد الأحكام في مصالح الأنام ١/٩٠، ٢/١٦٥، الفروق٢/٢٠٨، مغني المحتاج ٤/٢٠٠.

(٤) انظر: البحر الرائق ٥/٥٣، مواهب الجليل ٦/٣٢١، روضة الطالبين ١٠/١٠١، ١٠٢، المغني ٨/٣١١، كشاف القناع للبهوتي ٦/٨٣.

(٥) انظر: التجريد للقدروري ٣/١٢٢٧.

الحيوان للمدعى عليه، فلما أراد استرجاع ذلك وجده قد فات بانهدام الدار، أو موت الحيوان، ولم يقدر المدعي على الضمان، فإن الضمان يكون في بيت المال لا على القاضي؛ لأن القاضي كالإمام، وكل منهما لا يضمن[١].

٤- إذا حارب الإمام وطائفته طائفة ممتنعة عن حكم الإسلام كالبغاة فأتلفوا أموالهم أو دورهم فلا يضمن الإمام ولا طائفته ما أتلفوه عليهم حال الحرب؛ لأن من تصرف بولاية شرعية لم يضمن[٢].

٥- إذا رأى أمير الجيش ضرب موقع للعدو لمصلحة الجهاد، وبه مسلمون، فقتلوا مع من قتل، فلا ضمان عليه ولا على نوابه الذين نفذوا أمره؛ لأن من له ولاية شرعية يتصرف من غير عوض مع رعاية المصلحة فيما يتصرف فيه[٣].

٦- إذا كسر القائمون على الحسبة آلات المعازف أو غيرها مما هو محرم، كالخمر مثلا، فلا ضمان عليهم، وإن أتلفوا ما ليس بمحرم ضمنوه؛ لأن من تصرف بولاية شرعية لم يضمن إذا لم يتعد[٤].

٧- لو ثبت كون الحاكم أو القاضي مقصرا أو جائرا متعمدا في القضاء أو مقدماته كان الضمان عليه نفسا أو مالا[٥].

فتحي السروية

* * *

---

(١) انظر: نظرية التقعيد الفقهي ص ١٥٤.

(٢) انظر: القواعد في الفقه الإسلامي لابن رجب الحنبلي ص٢٢٠.

(٣) انظر: شرح السير الكبير للسرخسي ١٧٧/٤، فتح القدير للكمال بن الهمام ٢٨٧/٤، حاشية ابن عابدين ٦٢٣/٣، حاشية الرملي ٩/٤، المغني ٥٠٥/١٠.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ١٦٧/٧ - ١٦٨، نهاية المحتاج ١٦٦/٥ - ١٦٧، المغني ٤٤٥/٥ - ٤٤٦، المحلى لابن حزم ١٤٧/٨ وقد خالفهم ابن حزم - رحمه الله - في مسألة كسر آلات المعازف.

(٥) انظر: تحرير المجلة لكاشف الغطاء ١٩٥/٤.



رقم القاعدة: ٨٧٥

نص القاعدة: الإتْلافُ بِعِوَضٍ لا يَكُونُ سَبَبًا لِوُجُوبِ الضَّمَانِ[1].

صيغ أخرى للقاعدة :

١- الإتلاف بعوض كَلا إتلاف[2].

٢- الإتلاف بعوض لا يُوجِبُ الضَّمَانَ عَلَى الْمُتَعَدِّي[3].

٣- الإتلاف بعوض لا يوجب الضمان على المتلف[4].

٤- الإتلاف بعوض يعدل المتلَف لا يوجب الضمان على المتلِف[5].

قواعد ذات علاقة :

١- الأصل ضمان المتلف[6]. (أصل استثنيت منه القاعدة).

---

(١) المبسوط للسرخسي ١٦٨/٩.

(٢) فتح القدير لابن الهمام ٤٨٨/٧، البناية للعيني ٧٢/١٠، البحر الرائق ٨٥/٨، حاشية ابن عابدين ٥٠٦/٥، مجمع الأنهر ٢١٨/٢، ووردت بلفظ: "الإتلاف بعوض لا يكون إتلافا" في تبيين الحقائق ٢٣٢/٥.

(٣) المبسوط للسرخسي ١٧٦/٩.

(٤) المبسوط للسرخسي ١٨٥/١٦.

(٥) المبسوط ١٩٦/١٦، ووردت فيه ٣/١٧ بلفظ: "الإتلاف بعوض يعدله لا يوجب الضمان".

(٦) انظر: المبسوط للسرخسي ٢٦٨/١٠.

٢- الإتلاف بغير عوض مضمون[١]. (مقابلة).

٣- الضمان ينتفي بانتفاء الضرر[٢]. (تعليل).

٤- الإتلاف بعوض لا يوجب الضمان على الشاهد عند الرجوع[٣]. (أخص).

شرح القاعدة :

التلف لغة: الهلاك والعطب[٤]، والإتلاف: الإهلاك؛ يقال: أتلف الشيء إذا أفناه وأهلكه، والتلف أعمّ من الإتلاف، لأنّ التلف يكون بسماوي ويكون بسبب الغير، والإتلاف لا يكون إلا نتيجة إتلاف الغير[٥]، والأصل أن مَن أتلف شيئًا لغيره فعليه ضمانه[٦]؛ تعويضا للضرر الذي لحقه بتلفه، وهذا أصل مستقر بين أهل العلم، وقد سيقت القاعدة التي بين أيدينا لبيان حالة مستثناة من هذا الأصل فقررت أن الإتلاف إذا كان يجلب على صاحب المتلَف عِوَضا وخلَفا فإنه يسقط بذلك الضمان ولا يستحق شيئا؛ لأنه لم يلحقه ضرر في هذه الحالة، كما لو أكره شخص آخر على أكل طعام الغير، فلا رجوع للمكرَه على المكرِه فيما استقر عليه من الضمان؛ لأن المكرَه إنما أتلف مال الغير بعوض وهو الأكل[٧].

وليس كل عوض يكون صالحا لإسقاط الضمان، بل يشترط فيه أن يكون

---

(١) العناية للبابرتي ١١/٥١.

(٢) مجمع الضمانات ص ٣٨٧ انظر قاعدة: "إذا زال التعدي يزول الضمان" في قسم القواعد الفقهية.

(٣) المحيط البرهاني لابن مازه ٩/٧٠٥.

(٤) لسان العرب ٩/١٨.

(٥) معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية ١/٥٤.

(٦) انظر: المبسوط للسرخسي ١٠/٢٦٨، المحلى ١١/٢١٩، البحر الزخار ٦/٢١٣، شرائع الإسلام ٣/١٨٦.

(٧) انظر: فتح القدير ٩/٣٤٦.

مكافئا للمُتلَف، فلو كان العوض أقل من المتلَف فإن الضمان ينتفي بقدره، وما وراء ذلك يكون على أصله مضمونا[١]، وهذا القيد جاء مصرحا به في بعض الصيغ الأخرى للقاعدة.

وينبغي ملاحظة أن انتفاء الضمان عند وجود العوض الذي يعدل قيمة المتلَف – كما تقرره القاعدة - لا يستلزم سقوط التعزير عن المعتدي إذا رأى ولي الأمر أن مخالفته تستوجب تعزيره، لاختلاف جهة المطالبة؛ فالضمان إنما سقط بوجود العوض لأن جهة المطالبة هي المكلف لجبران النقص وقد تحقق ذلك بالحصول على عوض المتلَف، أما التعزير فجهة المطالبة به هي ولي الأمر للمصلحة العامة، ولا يكفي لتحصيل ذلك العوض أو الضمان[٢].

والقاعدة كثيرة الورود في كتب الحنفية دون غيرهم من أصحاب المذاهب الأخرى، ومجالها شامل لمسائل الضمان.

أدلة القاعدة:

١- الإتلاف بعوض إنما هو إتلاف باعتبار الصورة أما باعتبار المعنى فليس بإتلاف؛ ذلك لأن الذي له الحق قد استوفى عن طريق العوض قيمة تعدل الشيء، فالحقيقة أنه ليس هناك إتلاف يستوجب الضمان، وفي هذا يقول الكاساني رحمه الله: «الإتلاف بعوض يكون إتلافًا صورة لا معنى»[٣].

٢- لأن وجوب الضمان للجبران، والنقصان هنا منجبر بعوض يعدله[٤] فلا معنى للجبران بالضمان بعد تحققه بالعوض.

---

(١) انظر: مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ٢/١٨.
(٢) انظر: الفتاوى الهندية ٣/٥٣٤.
(٣) بدائع الصنائع ٦/٢٨٦، وانظر: طرق القضاء في الشريعة الإسلامية لأحمد إبراهيم بـك ص٤١٧.
(٤) انظر: المبسوط للسرخسي ١٦/١٨٥.

تطبيقات القاعدة:

١- إذا ادعى شخص على آخر أنه باع داره منه بألف وشهد له بذلك شاهدان، وأنكر المشتري، وقضى القاضي بصحة البيع بناء على شهادة الشهود، ثم رجع الشاهدان عن شهادتهما، فلا ضمان على الشهود إن كانت قيمة الدار ألفا أو أكثر؛ لأن شهادتهما وقعت إتلافا بعوض[1]، والإتلاف بعوض لا يوجب ضمانًا.

٢- إذا شهد رجلان على رجل بتزوج امرأة بمقدار مهر مثلها أو أقل، ثم رجعا عن شهادتهما، فلا يضمنان المهر؛ لأنه إتلاف للمال بعوض؛ والإتلاف بعوض كلا إتلاف[2].

٣- إذا أكره شخص آخر على أكل طعام الغير، فلا رجوع للمكرَه على المكرِه فيما استقر عليه من الضمان؛ لأن المكرَه إنما أتلف مال الغير بعوض وهو الأكل، والإتلاف بعوض كلا إتلاف[3].

٤- لو وجب القطع على سارقٍ فأخرج يده اليسرى بدل اليمنى فقطعت، فلا ضمان على قاطع اليد إن كان مخطئا؛ لأنه عوضه من جنس ما فوت عليه ما هو خير له منه والإتلاف بعوض لا يكون سببا لوجوب الضمان[4].

د. مبروك عبد العظيم أحمد

* * *

(١) انظر: طرق القضاء في الشريعة الإسلامية لأحمد إبراهيم بك ص ٤١٦، ٤١٧، نشر: المطبعة السلفية لعام ١٣٤٧هـ.

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين ٥/٥٠٦، اللباب شرح الكتاب للميداني ٤/٧٤، نشر مطبعة محمد على صبيح لعام ١٩٢٧م.

(٣) انظر: فتح القدير ٩/٣٤٦.

(٤) انظر: المبسوط للسرخسي ٩/١٧٦.

رقم القاعدة: ٨٧٦

نص القاعدة: الأَسْبَابُ المُسْقِطَةُ للضَّمَانِ يَسْتَوِي فِيهَا العِلْمُ وَالـجَهْلُ[١].

صيغ أخرى للقاعدة :

كل سبب يسقط الضمان يستوي فيه العلم والجهل[٢].

قواعد ذات علاقة :

١- ثبوت يد المالك على ملكه يسقط الضمان[٣]. (أصل مبيَّن بالقاعدة).

٢- على اليد ما أخذت حتى تؤديه[٤]. (تكامل).

٣- لا يصح الضمان مع وجود ما ينافيه[٥]. (أعم).

---

(١) التجريد للقدوري ٧/٣٣٩١.

(٢) التجريد للقدوري ٧/٣٣٩١.

(٣) التجريد للقدوري ٧/٣٣٩١، ووردت بلفظ: "يد المالك إذا ثبتت قطعت أثر الضمان" في الشرح الكبير للرافعي ١١/٢٥٥.

(٤) رواه أبو داود ٤/٢٠٢ (٣٥٥٦)، والترمذي٣/٥٦٦ (١٢٦٦)، والنسائي في الكبرى ٥/٣٣٣ (٥٧٥١)، وابن ماجه ٢/٨٠٢ (٢٤٠٠) من حديث الحسن عن سمرة، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح وينظر أيضًا: بدائع الصنائع ٣/١٨٢، موسوعة القواعد والضوابط الفقهية للندوي ١/١٢١، القواعد للمصطفوي ص ١٧٤.

(٥) مجمع الضمانات للبغدادي ص ٣٨٧، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

٤- البراءة من الضمان إنما تكون بإعادة يد المالك حقيقة أو حكما[١]. (أعم).

٥- إذا زال التعدي يزول الضمان[٢]. (أخص).

٦- الغصب الموجب للضمان لا يكون إلا بتفويت يد المالك[٣]. (أخص).

٧- هل تثبت يد الضمان مع ثبوت يد المالك؟[٤]. (تكامل).

شرح القاعدة:

يسقط الضمان بعود المضمون إلى مالكه وثبوت يده عليه، هذا هو المقرر شرعا بحديث: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»، فالأصل أن الشخص إذا كان متعديا على مال غيره بالأخذ لا يبرأ منه إلا بإعادته إلى ملك صاحبه إذا كان موجودا، أو رد مثله أو قيمته عند التلف[٥]، لكنَّ الرد قد يحدث من قِبل الضامن دون علم المالك، فهل يعد ذلك بمنزلة الرد بعلم صاحب الحق في إسقاط الضمان؟ هذا هو موضوع القاعدة التي بين أيدينا؛ فهي تبرز سببا آخر من الأسباب التي يسقط بها الضمان إلى جانب الرد الصريح، أو الضمان بالمثل أو القيمة أو الإبراء، وذلك السبب هو مدى اعتبار دخول الشيء المضمون في قبضة المالك دون علمه مبرئًا للذمة؟

ومفادها: أن الشخص إذا اعتدى على مال غيره بالاستيلاء كالغصب

---

(١) انظر: رمز الحقائق شرح كنز الدقائق للعيني ٢/١٤٠.

(٢) الذخيرة للقرافي ٩/١٧٥ وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٣) المبسوط للسرخسي ١١/٥٧.

(٤) المنثور للزركشي ٢/٣٢٩.

(٥) انظر: المبسوط للسرخسي ٤/٩٥، بدائع الصنائع للكاساني ٣/١٨٢، المحلى ٦/٤٣٠.

والاختلاس وما في حكمه كجحد الوديعة أو رفض رد اللقطة أو العين المستأجرة أو مخالفة أمر المالك في العارية، ثم زال سبب الضمان بردّه إلى صاحبه دون أن يعلم بالرد، فإن هذا الرد تبرأ به ذمة الضامن ويسقط به الضمان عنه، ومن الأمثلة الشهيرة في هذا: غاصب الطعام إذا أطعمه المالكَ له دون علمه ومدى اعتبار ذلك مسقطا للضمان ومبرئًا للذمة.

وقد برز ورود القاعدة وجريانها في باب الغصب باعتباره من أقوى أسباب الضمان، لا باعتبار أن القاعدة جارية في الغصب فحسب؛ إذ الحال المساوي للغصب في إزالة التصرف حكمه حكم الغصب[١].

والقاعدة محل اختلاف بين الفقهاء؛ فقد اختلفوا فيها على قولين:

الأول: أن ثبوت يد المالك على الشيء المضمون مسقط للضمان سواء علم المالك بذلك أم لا، وهو قول الحنفية والمالكية وأحد وجهين في مذهب الشافعية ورواية في مذهب الحنابلة ووافقهم الزيدية ويفهم هذا أيضًا من مذهب الإباضية، إلا أنه ينبغي على المعتدي تحليل صاحب الشيء وإرضاؤه حتى تسقط عنه التبعة الأخروية أيضا[٢].

القول الثاني: يرى أن ثبوت يد المالك لا يسقط بها الضمان عن المعتدي إلا إذا علم المالك بذلك، وهو قول الشافعية في وجه آخر ورواية في مذهب الحنابلة ووافقهم الإمامية[٣]؛ لأن الواجب لإسقاط الضمان نسخ الاعتداء على

---

(١) انظر: شرح تحفة أهل الطلب في تجريد أصول قواعد ابن رجب لعبد الكريم بن محمد اللاحم ص ١٣٤.

(٢) انظر: التجريد للقدوري ٣٣٩١/٧، الجوهرة النيرة ٣٤٤/١، مختصر اختلاف العلماء ١٨١/٤، الشرح الصغير ٦٠٠/٣، الحاوي الكبير للماوردي ١٥٨/٧، الشرح الكبير للرافعي ٢٥٤/١١، الإنصاف للمرداوي ١٨٨/٦، التاج المذهب ٣٥٠/٣، شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ٤٤٧/١٣.

(٣) انظر: المهذب للشيرازي ص ٣٧٣، الحاوي الكبير للماوردي ١٥٨/٧، الشرح الكبير للرافعي ٢٥٤/١١، المغني ١٦٩/٥، الإنصاف للمرداوي ١٨٨/٦، الشرح الممتع على زاد المستقنع لابن العثيمين ١٧٥/١٠، شرائع الإسلام ١٩١/٣، الروضة البهية ٥٤/٧.

وجه تعود به السلطة للمالك كاملة كما كانت قبل الاعتداء، وثبوت يد المال دون علمه ليس هو الأداء المأمور به الذي يثبت به سلطان المالك على ملكه بنحو كامل وشامل[1]، بل هو غرور من قبل الضامن ، والشرع لم يأمر بالغرور فبطل الأداء؛ نفيا للغرور، فصار معنى الأداء لغوا؛ ردا للغرور[2].

هذا ويشترط لسقوط الضمان بالرد عدة شروط أهمها:

١ـ أن يكون المالك في محل غير مخوف، فإذا رد الضامن الشيء المضمون إلى المالك في مكان مخوف، وهو مظنة الهلاك والتلف عادة، لا يسقط الضمان؛ لأن الرد هنا بمنزلة عدم الرد[3].

٢ـ أن يكون المالك أهلا للحفظ، فإذا رد الضامن الشيء إلى صبي أو مجنون أو نائم، فلا يعتبر ذلك ردًّا مسقطا للضمان[4].

٣ـ أن لا يكون الشيء المضمون قد تغيرت أوصافه، فإذا رده الضامن بعد تغير أوصافه، كما لو غصب دقيقا فخبزه، أو خشبا فقطعه، فلا يعد ذلك ردًّا مسقطًا للضمان[5].

٤ـ أن يكون الرد بشكل يناسب حال المالك، فإذا كان حال المالك باعتبار وضعه في المجتمع أنه إذا تناول وجبة طعام يتناول ما لا تتجاوز قيمتها عشرين، فإذا أطعمه الغاصب على جهة الضيافة وجبة تبلغ قيمتها خمسين أو مائة من الطعام المغصوب، فلا يسقط الضمان عن الغاصب[6].

---

(١) انظر: القواعد الأصولية والفقهية على مذهب الإمامية لجنة الحوزة الدينية ٧/٢، القواعد للسيد محمد كاظم المصطفوي ص ١٣٧.
(٢) انظر: شرائع الإسلام ١٩١/٣.
(٣) شرح المجلة لسليم رستم ص ٤٩٤ مادة ٨٩٤.
(٤) شرح المجلة لسليم رستم ص٤٩٤ مادة ٨٩٦.
(٥) شرح المجلة لسليم رستم ص ٤٩٥ مادة ٨٩٨.
(٦) انظر: الشرح الصغير ٦٠١/٣.

والقاعدة مبيِّنة لقاعدة: «ثبوت يد المالك على ملكه يسقط الضمان» وقد تكاملت مع قاعدة «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»، وقاعدة: «هل تثبت يد الضمان مع ثبوت يد المالك؟» في موضوعها، كما تفرع عنها بعض القواعد والضوابط الفقهية كقاعدة: «إذا زال التعدي يزول الضمان» والضابط الذي ينص على أن: «الغصب الموجب للضمان لا يكون إلا بتفويت يد المالك».

أدلة القاعدة:

١- الحاصل أن التعدي وهو سبب الضمان قد زال، والمقرر شرعًا أنه إذا زال التعدي يزول الضمان، فلا يعوّل على علم صاحب الحق أو جهله بذلك[١].

٢- لأن المالك لما ثبتت يده على الشيء، فقد صار باعتبار ما في نفس الأمر مستوفيا وصار بحيث يجوز تصرفه بكل حال، وهو المطلوب لإسقاط الضمان، فلا يعول على الوصف، وهو كون صاحب الحق علم أو لم يعلم بذلك، لأن تخلف الوصف لا يلزم منه تخلف الأصل[٢].

تطبيقات القاعدة:

١- لو غصب شخص من آخر طعاما، ثم أطعمه المالكَ على جهة الضيافة دون أن يعلم بأن الطعام الذي يأكله ملكُه، فلا ضمان على الغاصب لدى أصحاب القول الأول خلافا لغيرهم؛ لأن الأسباب المسقطة للضمان يستوي فيه العلم والجهل[٣].

---

(١) الذخيرة للقرافي ١٧٥/٩.

(٢) انظر: كشف الأسرار ١٦١/٤، ١٦٢، التجريد للقدوري ٣٣٩١/٧، مطالب أولي النهى ٤٨/٤.

(٣) انظر: التجريد للقدوري ٣٣٩٠/٧، الجوهرة النيرة ٣٤٤/١، الشرح الصغير ٦٠٠/٣، ٦٠١.

٢- إذا غصب شخص مالا لآخر، ثم وهبه له وسلمه له، ثم هلك في يد المالك، وهو لا يعلم أنه هو المغصوب - فإن الغاصب لا يضمن؛ للقاعدة[١].

٣- إذا أودع شخص عند آخر وديعة، ثم جحدها المودَع، ثم وهبه بعد ذلك للمالك دون أن يعلم بأن الموهوب له هو عين ملكه، برئت ذمة المودع لديه؛ للقاعدة.

٤- لو أن شخصًا سرق من غيره شيئًا، ثم رده إلى ملك المسروق منه دون علمه بذلك - فإنه يبرأ[٢] ولا يضمن بناء على القاعدة.

٥- إذا أودع الغاصب الشيء المغصوب أو رهنه عند مالكِه المغصوبِ منه أو آجره إياه وهو جاهل بالحال، فتلف عند المغصوب منه فقيل: إن الغاصب يبرأ بذلك وقيل: بل لا يبرأ؛ بناء على الاختلاف في القاعدة[٣].

د. مبروك عبد العظيم أحمد

* * *

(١) انظر معنى هذا في: مجمع الضمانات ص ١٤٢.

(٢) انظر: مجمع الضمانات ص ١٤٢.

(٣) انظر: فتح العزيز للرافعي ١١/٢٥٥، وقال الرافعي عقبه: وظاهر المذهب أن الغاصب لا يبرأ.

المجموعة الثالثة: القواعد الفقهية الوسطى

الزمرة الثالثة: قواعد في الضمان

ثالثًا: قواعد في أحكام الضمان

رقم القاعدة: ٨٧٧

نص القاعدة: فَاسِدُ كُلِّ عَقْدٍ كَصَحِيحِهِ فِي الضَّمَانِ وَعَدَمِهِ[(١)].

ومعها :

١- المستثنيات من العقود إذا فسدت هل ترد إلى صحيح أنفسها أو إلى صحيح أصلها؟

٢- المقبوض بعقد فاسد تعتبر قيمته يوم القبض.

صيغ أخرى للقاعدة[(٢)] :

١- حكم فاسد العقود حكم صحيحها في الضمان وعدمه[(٣)].

---

(١) الأشباه والنظائر لابن الوكيل ١/١٠٥، الأشباه والنظائر للسبكي ١/٣٠٧، المنثور في القواعد للزركشي ٣/٨، أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ١/٧٦، نهاية المحتاج للرملي ٣/٤٥١، مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٢/٣٩٦ ووردت في المغني لابن قدامة ٤/٢٥٠ بلفظ: "حكم الفاسد من العقود حكم الصحيح في الضمان" ووردت في مسالك الأفهام للعاملي ٤/٥٦ بلفظ: "فاسد كل عقد يتبع صحيحه في الضمان وعدمه".

(٢) وردت هذه القاعدة بصيغ كثيرة تدل على كثرة تداولها عند الفقهاء، وأهميتها في حفظ الحقوق المترتبة على العقود، ومن صيغها التي لم تذكر في المتن:

- فاسد كل عقد مردود إلى صحيحه في وجوب الضمان وسقوطه. الحاوي للماوردي ٦/٢٥٧.
- فاسد كل عقد كصحيحه في الأمانة والضمان. الفتاوى الفقهية الكبرى للهيتمي ٢/٢٨٠.
- العقد إن اقتضى صحيحه الضمان بعد التسليم ففاسده أولى، أو عدمه ففاسده كذلك. نهاية المحتاج للرملي ٤/٢٨٢، مغني المحتاج للشربيني ٣/٧٤.
- ما ضمن في الصحيح ضمن في الفاسد، وما لا يضمن في الصحيح لا يضمن في الفاسد. مجموع الفتاوى لابن تيمية ٣٠/٢٧٤، ووردت في البيان للعمراني ١٣/٤٦٣ بلفظ: ما ضمن بالعقد الصحيح ضمن بالعقد الفاسد.
- للفاسد حكم الصحيح في الضمان. روضة الطالبين للنووي ٤/٧٢.
- كل عقد كان صحيحه غير مضمون أو مضمونًا ففاسده كذلك. المغني لابن قدامة ٤/٢٥٠.

(٣) منهاج الطالبين للنووي ص ٥٦، حاشية الرملي الكبير على أسنى المطالب ٤/٢١١، حاشية الشرواني على تحفة المحتاج ٥/٦٤.

٢- حكم العقود الفاسدة حكم الصحيحة في الضمان[١].

٣- الفاسد معتبر بالجائز في حكم الضمان[٢].

٤- فاسد العقود في الضمان كصحيحها[٣].

٥- ما وجب الضمان في صحيحه وجب في فاسده، وما لا فلا[٤].

٦- كل عقد يجب الضمان في صحيحه يجب الضمان في فاسده، وكل عقد لا يجب الضمان في صحيحه لا يجب الضمان في فاسده[٥].

٧- كل عقد اقتضى صحيحه الضمان، فكذلك فاسده وما لا يقتضي صحيحه الضمان، فكذلك فاسده[٦].

قواعد ذات علاقة :

١- الأصل أن العقد الفاسد معتبر بالجائز في الحكم[٧]. (أعم).

٢- القبض في العقد الفاسد، كالقبض في الصحيح[٨]. (مكملة).

---

(١) المجموع للنووي ٣٢٧/٧ وورد في المغني لابن قدامة ٣١٢/٥ بلفظ: "حكم كل عقد فاسد في وجوب الضمان حكم صحيحه"، ووردت في المنثور ٧/٣ بلفظ: "حكم الفاسد حكم الصحيح فى الضمان وعدمه".

(٢) المبسوط للسرخسي ٦٥/٢١.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٢٨، مواهب الجليل للحطاب ٣٦/٦ ووردت في الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٣٥٥ بلفظ: "الفاسد من العقود في الضمان كصحيحها".

(٤) كشاف القناع للبهوتي ٥٠٥/٣، مطالب أولي النهى للرحيباني ٥١٣/٣، ووردت في القواعد والفوائد للعاملي ٢٩٥/٢ بلفظ: "كل ما يضمن صحيحه يضمن فاسده، وما لا فلا".

(٥) تقرير القواعد لابن رجب ٣٣٤/١.

(٦) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٨٣.

(٧) المبسوط للسرخسي ٨/٨.

(٨) المغني لابن قدامة ٦٥/٥.

٣- المستثنيات من العقود إذا فسدت هل ترد إلى صحيح أنفسها أو إلى صحيح أصلها؟[١]. (أخص).

٤- البيع الفاسد كالصحيح في الضمان بالقبض[٢]. (أخص).

٥- الفاسد من الرهن معتبر بالجائز في حكم الضمان[٣]. (أخص).

٦- المقبوض بحكم إجارة فاسدة في حكم الضمان كالمقبوض بحكم إجارة صحيحة[٤]. (أخص).

٧- منافع الأبضاع تضمن بالعقد الصحيح والفاسد[٥]. (أخص).

شرح القاعدة:

العقود من حيث الضمان وعدمه تنقسم إلى ثلاثة أقسام[٦]:

الأول: عقود الأمانات، وهي التي يكون المال المقبوض فيها أمانة في يد القابض، لا يضمنه إلا إذا تلف بسبب تعديه أو تقصيره في حفظه؛ كالوديعة والشركة بأنواعها، والوكالة، والوصاية، ونحوها.

والثاني: عقود الضمان، وهي التي يكون المال المقبوض فيها مضمونا على القابض، بأي سبب هلك؛ كعقد البيع، والقسمة، والصلح عن مال بمال، والقرض، ونحوها.

---

(١) الفروق للقرافي ٤/١٥، الذخيرة للقرافي ٦/٤٥.

(٢) مغني المحتاج للشربيني ٣/٤٨٩، وانظر ضابط: "البيع الفاسد له حكم الصحيح في الضمان"، في قسم الضوابط الفقهية.

(٣) المبسوط للسرخسي ١١/٢٠٣.

(٤) المبسوط ١٦/٤٦ ووردت في مطالب أولي النهى للرحيباني ٣/٦٩٧ بلفظ: "حكم الإجارة الفاسدة حكم الصحيحة في أنه لا يضمن إذا تلفت العين من غير تفريط ولا تعد"، ووردت في البحر الزخار لأحمد المرتضى ٥/٥٨ بلفظ: "الضمان في الإجارة الفاسدة كالصحيحة".

(٥) الفروق للقرافي ١/٢١٥.

(٦) انظر: المدخل الفقهي العام للزرقا ١/٦٤١-٦٤٢، نظرية الضمان للزحيلي ص ١٤٥- ١٦٣.

والثالث: عقود مزدوجة الأثر، تنشئ الضمان من وجه، والأمانة من وجه؛ كعقد الإجارة، والصلح عن مال بمنفعة ونحوهما فإذا كان المعقود عليه في الإجارة هو المنفعة؛ كإجارة الدور للسكنى والدواب للركوب أو نحوهما، فيفرق في الضمان بين العين المأجورة، وبين المنفعة المعقود عليها؛ فمن استأجر سيارة فإنها تكون أمانة في يد المستأجر، حتى لو عطبت، وهي في يده بغير تفريط، ولا تقصير فلا ضمان عليه؛ لأن العين أمانة في يده، أما المنفعة المعقود عليها، وهي: الركوب فهي مضمونة، ببدلها على المستأجر بمجرد تمكنه من استيفائها، سواء أكانت الإجارة صحيحة أم فاسدة.

ومناط التمييز بين عقود الضمان وعقود الأمانة يدور مع المعاوضة؛ فكلما كان في العقد معاوضة كان عقد ضمان، وكلما كان القصد من العقد غير المعاوضة، كالحفظ ونحوه، كان العقد عقد أمانة[١].

ومن الفقهاء من جعل الضابط في ذلك هو أن «كل من أخذ العين لمنفعة نفسه من غير استحقاق فإنها مضمونة عليه»[٢]. فالعين في يد المودع أمانة؛ لأنه أخذها لمنفعة المالك، وفي يد المستعير مضمونة؛ لأنه أخذها لمنفعة نفسه، وفي يد المستأجر أمانة؛ لأنه أخذها لمنفعة نفسه لكن باستحقاق؛ لأنه بذل العوض على المنفعة التي يستفيد منها.

ومعنى القاعدة: أن «العقد الصحيح إذا كان موجبا للضمان فالفاسد كذلك، وإذا لم يكن الصحيح موجبا للضمان فالفاسد كذلك، فالبيع والإجارة والنكاح موجبة للضمان مع الصحة فكذلك مع الفساد، والأمانات كالمضاربة

---

(١) انظر: المدخل الفقهي العام للزرقا ٦٤٢/١، نظرية الضمان لمحمد فوزي فيض الله ص ٢٦، نظرية الضمان للزحيلي ص ١٤٥.

(٢) المنثور للزركشي ٢٠٩/١.

والشركة والوكالة الوديعة وعقود التبرعات؛ كالهبة لا يجب الضمان فيها مع الصحة فكذلك مع الفساد»[١].

إلا أن عدم اقتضاء الضمان في عقود الأمانات الفاسدة مقيد بما إذا كان العقد صادرا من أهله، أما إذا صدر العقد الذي لا يقتضي صحيحه الضمان من غير رشيد كان فاسده مضمونا، ولذلك قيد بعض الفقهاء القاعدة بذلك؛ كما جاء في تحفة المحتاج وغيره من من شروح المنهاج: «حكم فاسد العقود إذا صدر من رشيد حكم صحيحها، في الضمان وعدمه»[٢]. فلو صدرت الإجارة الفاسدة من صبي أو سفيه، وتلفت العين في يد المستأجر وجب الضمان.

ووجوب الضمان في العقود المضمونة مقيد بحصول القبض والتسليم، أو استيفاء المعقود عليه؛ لأن «الفاسد لا ينتقل ضمانه إلا بالقبض»[٣]؛ إذ «العقد الفاسد لا يفيد الحكم بنفسه بل بواسطة التسليم»[٤].

واستواء العقد الفاسد بالصحيح إنما هو في أصل الضمان، لا في المقدار والكيفية؛ قال السبكي: «ليس مرادنا من قولنا: الفاسد كالصحيح في الضمان أنه يجب فيه المسمى كما في الصحيح؛ بل إنه مثله في أصل الضمان»[٥]، وزاده السيوطي توضيحًا فقال: «المراد من القاعدة: استواء الصحيح والفاسد في أصل الضمان، لا في الضامن، ولا في المقدار، فإنهما لا يستويان أما الضامن؛ فلأن الولي إذا استأجر على عمل للصبي إجارة فاسدة تكون الأجرة على الولي، لا

---

(١) تقرير القواعد لابن رجب ١/٣٣٤.

(٢) تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ٥/٨٨، نهاية المحتاج للرملي ٤/٢٨٢، مغني المحتاج للشربيني ٣/٧٤.

(٣) حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٣/١٩٨.

(٤) بدائع الصنائع للكاساني ٧/٢٦٥.

(٥) الأشباه والنظائر للسبكي ١/٣٠٧.

في مال الصبي، بخلاف الصحيحة وأما المقدار: فلأن صحيح البيع مضمون بالثمن، وفاسده بالقيمة أو المثل، وصحيح القرض مضمون بالمثل مطلقا، وفاسده بالمثل، أو القيمة وصحيح المساقاة والقراض، والإجارة، والمسابقة، والجعالة مضمون بالمسمى، وفاسدها بأجرة المثل»[(١)].

ومما يختلف فيه ضمان الفاسد عن الصحيح ما ذكره الزركشي بقوله: «وليس المراد بهذه القاعدة أن كل حال ضمن فيها العقد الصحيح ضمن في مثلها الفاسد، فإن البيع الصحيح لا يجب فيه ضمان المنفعة، وإنما يضمن العين بالثمن، والمقبوض بالبيع الفاسد يجب فيه ضمان أجرة المثل للمدة التي كان في يده، سواء استوفى المنفعة أم تلفت تحت يده، والمهر في النكاح الصحيح يجب بالعقد ويستقر بالوطء، وفي النكاح الفاسد لا يجب إلا بالوطء»[(٢)].

والقاعدة تشمل العقود بكافة أنواعها من المعاوضات والتبرعات والمناكحات، وهي عند الحنفية خاصة بالعقد الفاسد، وهو الذي اختل بوصفه لا بأصله، دون العقد الباطل، وهو الذي اختل بأصله وبوصفه؛ وذلك لأن «العقد الباطل لا يوجب شيئًا»[(٣)]، فمن اشترى ميتة أو خنزيرا فهلك في يده، فلا ضمان عليه؛ لبطلان العقد؛ «لأن الحكم للموجود، ولا وجود لهذا العقد إلا من حيث الصورة؛ لأن التصرف الشرعي لا وجود له بدون الأهلية والمحلية شرعا، كما لا وجود للتصرف الحقيقي إلا من الأهل في المحل حقيقة»[(٤)].

وأما جمهور الفقهاء فلا فرق عندهم بين العقد الباطل والفاسد من حيث الأصل، فالفاسد كالباطل غير منعقد أصلاً، ولا ينتج أثرًا، إلا أنهم مع ذلك

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٤.

(٢) المنثور للزركشي ٣/ ١٠.

(٣) المبسوط للسرخسي ١٩/ ١٢٠.

(٤) بدائع الصنائع للكاساني ٥/ ٣٠٥ بتصرف يسير.

يفرقون بينهما في بعض الأحكام على سبيل الاستثناء من الأصل، فيرتبون على الفاسد حكما دون الباطل، كما هو مذهب الحنفية، ومن ذلك الضمان في العقود الفاسدة؛ قال الزركشي في ذكر المواضع التي يفترق فيها الفاسد عن الباطل، «ومنها: الخلع والكتابة، فالباطل منهما ما كان على غير عوض مقصود، كالميتة، أو رجع إلى خلل في العاقد كالصغر والسفه، والفاسد خلافه، وحكم الباطل أن لا يترتب عليه مال، والفاسد يترتب عليه العتق والطلاق، ويرجع الزوج بالمهر والسيد بالقيمة»[(١)]، وقد علل الشافعية ذلك بقريب مما علل به الحنفية؛ حيث يقول الزركشي عن العقد الباطل: «إذ ليس هناك عقد حتى يقال: فاسد»[(٢)]، إلا أنهم لم يتوسعوا مثلهم في ترتيب الأحكام على الفاسد، وإن وافقوهم في المقصود من حيث الجملة؛ قال السبكي: «واعلم أنا فرقنا في هذه الفروع – بين الفاسد والباطل - بيد أنا لم نرم مرام الحنفية، ولم ننح طريقتهم؛ لأنهم يثبتون بيعًا فاسدًا يترتب عليه مع القبض أحكام شرعية، ونحن لا نُغفل ذلك؛ وإنما العقود لها صورة لغة وعرفا من عاقد ومعقود عليه، وصيغة، ولها شروط شرعية فإن وجدت كلها فهو الصحيح، وإن فقد العاقد أو المعقود عليه، أو الصيغة وما يقوم مقامها فلا عقد البتة، وتسميته باطلا مجاز، وإن وجدت وقارنها مفسد من عدم شرط أو نحوه فهو فاسد وعندنا هو باطل أيضًا، ولكن يطلق عليه الفاسد لمشابهته للصحيح من جهة ترتب أثرٍ ما عليه من أجرة مثل، وغير ذلك، ولم ننف عنه الإبطال، وإنما سميناه بالفاسد، وسكتنا عن ذكر الباطل تفرقة بين ما يترتب عليه أثر ما، وما لا يترتب»[(٣)].

---

(١) البحر المحيط للزركشي ٢/٢٦.
(٢) المنثور ٣/١١.
(٣) رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب للسبكي ٢/٢٥.

والقاعدة محل إعمال عند عامة الفقهاء، إلا ما ورد عن ابن حزم حيث يقول: «من غصب شيئًا، أو أخذه بغير حق، لكن ببيع محرم، أو هبة محرمة، أو بعقد فاسد، أو وهو يظن أنه له: ففرض عليه أن يرده إن كان حاضرًا، أو ما بقي منه إن تلف بعضه - أقله أو أكثره - ومثل ما تلف منه، أو يرده ومثل ما نقص من صفاته، أو مثله إن فاتت عينه»(١)، فإن ظاهر كلامه يدل على أن المقبوض بعقد فاسد مضمون مطلقا، سواء كان عقد ضمان أو غيره، فهو لم يفرق بين البيع والهبة في ذلك.

وأما وقوع الخلاف في بعض فروعها عند الجمهور فذلك لا يؤثر على اتفاقهم في أصل القاعدة، ومرد ذلك إلى اختلافهم في تحقيق المناط في الفروع والجزئيات، كاختلافهم فيمن يعتبر أهلا للإذن، ومن لا يعتبر؛ كالسفيه، واختلافهم في أصل العقد هل هو مضمون أم لا؟ كالرهن والعارية.

أدلة القاعدة:

١- ما روته عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها»(٢). فالحديث نص على «أن المرأة تستحق المهر بالدخول، وإن كان النكاح باطلاً»(٣)، فجعل النبي ﷺ باطل النكاح كصحيحه في حكم الضمان، ويقاس عليه غيره من العقود التي فيها معنى المعاوضة.

٢- القياس، فيقاس الضمان في فاسد العقود على الضمان في صحيحها،

---

(١) المحلى لابن حزم ٦/٤٣٠.

(٢) رواه أحمد ٤٠/٢٤٣ (٢٤٢٠٥)، والترمذي ٣/٤٠٧-٤٠٨(١١٠٢)، والنسائي في الكبرى ٥/١٧٩ (٥٣٧٣)، وابن ماجه ١/٦٠٥ (١٨٧٩)، والدارمي ٢/٦٢ (٢١٩٠)، وقال الترمذي: حديث حسن.

(٣) سبل السلام للصنعاني ٢/١٧٣.

بجامع الاستحقاق في كل منهما[(١)].

٣- لأن العقد إن اقتضى صحيحه الضمان ففاسده أولى؛ لاشتماله على وضع اليد على مال الغير بوجه ممنوع شرعا، وإن لم يقتض صحيحه الضمان ففاسده كذلك؛ لأن واضع اليد أثبتها بإذن المالك، ولم يلتزم بالعقد ضمانا[(٢)].

٤- لأن العقد انعقد مع الفساد فينعقد موجبا لحكمه؛ لأن صفة الفساد لا تمنع انعقاد أصل العقد بل تدل على انعقاده، فإن قيام الوصف بالموصوف، فإن الصفة تبع، وبانعدام التبع لا ينعدم الأصل ثم إنه لا يمكن تعرف حكم العقد الفاسد من نفسه؛ لأن الشرع لم يرد بالإذن فيه، فلا بد من أن يتعرف حكمه من الجائز[(٣)].

تطبيقات القاعدة :

أولاً : تطبيقات هي أحكام جزئية :

١- إذا كان مع المسافر ماء يكفيه لطهارته، فباعه لآخر أو وهبه له بلا حاجة لأحدهما إلى ذلك بعد دخول وقت الصلاة: لم يصح بيعه ولا هبته؛ لأنه عاجز عن تسليمه شرعا لتعيّنه للطهر، وعليه أن يسترده، فإن تلف الماء في يد المتهب أو المشتري يضمن المشتري الماء دون المتهب؛ لأن فاسد كل عقد كصحيحه في الضمان وعدمه[(٤)].

---

(١) نظرية التقعيد الفقهي للدكتور الروكي ص ١٣٥.

(٢) انظر: روضة الطالبين للنووي ٥/٣٣٥-٣٣٦، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٨٣، أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٢/١٧٠، تحفة المحتاج ٥/٨٨، حاشية الجمل ٣/٢٩١-٢٩٢.

(٣) انظر: المبسوط للسرخسي ٨/٨.

(٤) انظر: المجموع للنووي ٢/٣٥٥-٣٥٧، أسنى المطالب ١/٧٦، نهاية المحتاج للرملي ١/٢٧٦-٢٧٧، مغني المحتاج ١/٢٥٢.

٢- إذا فسدت الشركة، وكان فيها مال سلّم لأحد الشريكين فهو أمانة في يده، لا يضمنه إلا بالتعدي أو التفريط؛ لأن فاسد كل عقد كصحيحه في الضمان[1].

٣- إذا دفع ثوبه إلى خياط أو قصار، ليخيطه أو يقصره، ولم يقاطعه على أجر، كانت إجارة فاسدة فإن تلف الثوب من حرزه أو بغير فعله، فلا ضمان عليه؛ لأن ما لا يضمن في العقد الصحيح، لا يضمن في فاسده[2].

٤- يجب المهر للموطوءة في نكاح فاسد، ولا يجب أرش البكارة؛ لأن فاسد كل عقد كصحيحه في الضمان وعدمه، والمهر يجب في الصحيح فكذا في الفاسد، وأرش البكارة لا يضمن في صحيح النكاح فكذا في فاسده[3].

٥- إن استأجر سيارة إجارة فاسدة فتلفت دون تعد أو تفريط من المستأجر لم يضمن، سواء كانت الإجارة صحيحة أو فاسدة؛ لأن العين أمانة في يد المستأجر، والفاسد معتبر بالصحيح في الضمان وعدمه[4].

٦- إذا دفع الراهن الرهن على أن المرتهن ضامن فالرهن فاسد؛ لفساد الشرط، وهو غير مضمون إن هلك في يد القابض دون تعد أو تفريط؛ لأن فاسد كل عقد كصحيحه في الضمان وعدمه[5].

---

(١) انظر: حاشية تحفة المحتاج ٥/٢٨٣، حاشية الجمل على شرح منهج الطلاب ٣/٣٩٤.

(٢) انظر: المغني لابن قدامة ٥/٣٢٦-٣٢٧.

(٣) انظر: المغني لابن قدامة ٧/٢٠٩، أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ١/٧٦، مغني المحتاج للشربيني ٤/٢٤٤.

(٤) انظر نظيره في: المبسوط ١٦/٤٦، تبيين الحقائق للزيلعي ٥/١٣٣، الجوهرة النيرة للحدادي ١/٢٦٣، المغني ٥/٣١٢، مطالب أولي النهى للرحيباني ٣/٦٩٧.

(٥) انظر: الأم للشافعي ٣/١٧١، أسنى المطالب ٢/١٧٠، حاشية البجيرمي على الخطيب ٣/٧٧.

٧- لا ضمان على المضارب إذا تلف المال تحت يده في المضاربة الفاسدة بغير تعديه وتفريطه؛ لأن القبض في صحيحه غير مضمون، فلا يضمن في فاسده[١].

٨- الوديعة لا يجب الضمان فيها مع الصحة إذا تلفت بلا تعد أو تقصير فكذلك مع الفساد[٢].

٩- من اقترض قرضًا فاسدًا فعليه ضمان ما استهلكه؛ لأن فاسد العقود كصحيحها في الضمان[٣].

ثانيًا: تطبيقات هي قواعد فقهية:

التطبيق الأول من القواعد:

٨٧٨- نص القاعدة: الْمُسْتَثْنَيَاتُ مِن الْعُقُودِ إذَا فَسَدَتْ هَلْ تُرَدُّ إِلَى صَحِيحِ أَنْفُسِهَا، أَو إِلَى صَحِيحِ أَصْلِهَا[٤].

ومن صيغها:

١- العقود المستثنيات من أصول اذا فسدت هل ترد الى صحيح نفسها فيما يستحق أو صحيح أصلها[٥].

---

(١) انظر: الهداية للمرغيناني مع العناية ٤٤٩/٨، تبيين الحقائق ٥٥/٥، الفتاوى الهندية ٢٨٨/٤، المغني ٤٣/٥.

(٢) انظر: تقرير القواعد لابن رجب ٣٣٤/١، شرح منتهى الإرادات للرحيباني ٢١٤/٢.

(٣) انظر: المنثور للزركشي ٨/٣.

(٤) الفروق للقرافي ١٥/٤، الذخيرة للقرافي ٤٥/٦.

(٥) الذخيرة للقرافي ١٤/٦ ووردت في عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٧٩٨/٢ بلفظ: "كل عقد مستثنى عن أصل إذا فسد هل يرد إلى صحيح العقد المستثنى أو إلى صحيح الأصل المستثنى عنه".

٢- المستثنى الفاسد هل يرد إلى صحيح أصله أم إلى صحيح نوعه؟[١].

٣- ما فسد من العقود المستثناة هل ترد إلى صحيحها أو صحيح أصلها؟[٢].

٤- ما فسد من العقود المستثناة من أصول ممنوعة هل يرد إلى صحيح نفسه أو إلى صحيح أصله[٣].

٥- هل ما فسد من العقد يرد إلى صحيح نفسه أو إلى فاسد أصله[٤].

٦- كل مستثنى من أصل إذا فسد هل يرد إلى أصل نفسه أو أصل أصله[٥].

٧- المستثنيات عن الأصول إذا فسدت هل ترد إلى صحيحها أو إلى صحيح أصولها التي استثنيت عنه[٦].

شرح القاعدة :

المراد بالمستثنيات من العقود: العقود التي استثنيت من أصول ممنوعة؛ كالجعالة، والقراض، والسلم ونحوها، فالقياس في الجعالة عدم الجواز؛ لجهالة العمل وجهالة الأجل، إلا أنه جوز استثناء للحاجة[٧]، قال الإمام ابن

---

(١) شرح المنهج المنتخب للمنجور ٤١٣/١، شرح السلجماسي على المنهج ٣٤٥/١ نسخة مرقونة ووردت في جامع الأمهات لابن الحاجب ٣٧٤/١ بلفظ: "المستثنى الفاسد يرد إلى صحيح أصله أو صحيحه"، ووردت في الدليل الماهر الناصح للولاتي ص ١١٧ بلفظ: "المستثنى من أصل فاسد إذا فسد هل يرد إلى صحيح أصله أو يرد إلى صحيح نوعه؟".

(٢) انظر: شرح ميارة على تحفة الحكام ١٣٤/٢.

(٣) شرح ميارة على تحفة الحكام ١١٢/٢.

(٤) البهجة في شرح التحفة للتسولي ٣٦٥/٢.

(٥) الذخيرة للقرافي ١٢/٥ ووردت في الفواكه الدواني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني للنفراوي ٨٩/٢ بلفظ: "كل مستثنى من أصل إذا وقع فاسدا يرد إلى فاسد أصله لا إلى صحيح نفسه".

(٦) عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٥٦٦/٢.

(٧) انظر: المنتقى شرح الموطأ للقاضي أبي الوليد الباجي ١١٢/٥، قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام=

رشد: «هو في القياس غرر، إلا أن الشرع قد جوزه»[1]، وكذلك «القراض عقد غرر؛ إذ العمل فيه غير مضبوط، والربح غير موثوق به، وإنما جوز للحاجة»[2]، وكذلك السّلم فهو «عقد غرر جوز للحاجة»[3]، و«رخصة مستثناة من بيع ما ليس عند بائعه»[4]. فقد نهى ﷺ عن بيع ما ليس عند الإنسان[5]، وأرخص في السلم[6]. قال القرطبي: «وإنما استثنى الشرع السلم من بيع ما ليس عندك؛ لأنه بيع تدعو إليه ضرورة كل واحد من المتبايعين، فإن صاحب رأس المال محتاج أن يشتري الثمر، وصاحب الثمرة محتاج إلى ثمنها قبل إبانها؛ لينفقه عليها»[7].

ومعنى القاعدة: أن العقود المستثناه من أصولها؛ كالقراض، والمساقاة، والجعالة المستثناة من الإجارة الممنوعة ونحوها إذا وقعت فاسدة فهل ترد إلى صحيح أصلها؛ لأن الأصل أن فاسد كل عقد يرد إلى صحيحه أو صحيح نوعها الذي استثنيت منه؛ لأن المستثنى إنما استثني لأجل مصلحته الشرعية المعتبرة

= ١٤٥/٢، مغني المحتاج للشربيني ٤٨٣/٦، المغني لابن قدامة ٢٠/٦، الموسوعة الفقهية الكويتية ١٥٩/٣١.

(١) المقدمات لابن رشد الجد ٣٠٤/٢.

(٢) مغني المحتاج ٣٩٨/٣ وانظر: الشرح الكبير (فتح العزيز شرح الوجيز) للرافعي ٥/١٢، أسنى المطالب ٣٨١/٢، كفاية الأخيار للحصني ٢٨٨/١.

(٣) أسنى المطالب ١٢٢/٢، حاشية البجيرمي على الخطيب ٥٤/٣.

(٤) مواهب الجليل للحطاب ٥١٤/٤، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٩٥/٣.

(٥) رواه أحمد ٣١/٢٤ (١٥٣١٥)، وأبو داود ١٨١/٤-١٨٢ (٣٤٩٧)، والترمذي ٥٣٤/٣-٥٣٧ (١٢٣٢) (١٢٣٣)، والنسائي ٢٨٩/٧ (٤٦١٣)، وابن ماجه ٧٣٧/٢ (٢١٨٧) من حديث حكيم بن حزام رضي الله عنه، وقال الترمذي: حديث حسن.

(٦) فعن ابن عباس رضي الله عنه، قال: قدم النبي ﷺ والناس يستلفون في الثمر السنتين والثلاث، فقال: «من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم» رواه البخاري ٨٥/٣ (٢٢٤٠) (٢٢٤١) وفي مواضع أخر، ومسلم ١٢٢٦/٣ (١٦٠٤).

(٧) المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم لأبي العباس القرطبي ٥١٦/٤.

في العقد الصحيح فإذا لم توجد تلك المصلحة بطل الاستثناء، ولم يبق إلا الأصل فيرد إليه[١]، وعليه فهل يرد القراض الفاسد إلى إجارة المثل وهو صحيح أصله، أو إلى قراض المثل وهو صحيح نوعه، وكذلك المساقاة الفاسدة هل ترد إلى صحيح أصلها فيكون فيها إجارة المثل، أو صحيح نوعها فيكون فيها مساقاة المثل «والفرق بينهما أن أجرة المثل في الذمة، وقراض المثل - وكذا مساقاة المثل- في الربح، فإن لم يكن ربح فلا شيء له، وأجرة المثل يحاص بها الغرماء، وقراض المثل يقدم فيه عليهم»[٢].

وقد اختلفت عبارة الفقهاء في التعبير عن القاعدة؛ فمنهم من عبر عنها بقوله: المستثنى الفاسد هل يرد إلى صحيح أصله أو إلى صحيح نوعه؟ ومنهم من عبر عنها بقوله: «المستثنى الفاسد هل يرد إلى فاسد أصله أو إلى صحيح نوعه؟» والمعنى واحد، قال ابن عرفة: «حكى بعض من لقيناه أن الأشياخ بتونس كانوا يعبرون عن هذا في إقرائهم ومذاكرتهم: هل يرد إلى فاسد أصله أو صحيح نفسه، قال: وكان بعض فقهاء طرابلس ينقد عبارتهم هذه، ويقول: كيف يرد الفاسد لفاسد أصله، فيصحح الفاسد بالفاسد قال- أي ابن عرفة: وكنت أجبته بأن قولهم ذلك على حذف مضاف دل السياق عليه؛ وتقديره «إلى تصحيح فاسد أصله»[٣].

وهذه القاعدة متفرعة عن القاعدة الأم باعتبار أن العقود المستثناة من أصل ممنوع إذا فسدت فإنها تبقى مضمونة كأصلها، والخلاف إنما هو في كيفية الضمان وهي من القواعد الخلافية عند فقهاء المالكية، ولم ترد بلفظها إلا عندهم، أما غيرهم من الفقهاء فالذي يظهر من تتبع فروعهم أن الأصل عندهم

---

(١) انظر: الفروق للقرافي ٤/ ١٥.

(٢) البهجة في شرح التحفة للتسولي ٢/ ٣٦٦ وانظر: التاج والإكليل للمواق ٧/ ٤٤٧-٤٤٨، شرح الخرشي على مختصر خليل ٦/ ٢٠٧، بلغة السالك حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٣/ ٧٢٤.

(٣) شرح المنهج المنتخب للمنجور ١/ ٤١٥.

أن ما فسد من العقود المستثناة فإنه يرد إلى صحيح أصله، فالعامل يستحق في المضاربة الفاسدة أجر مثل عمله، لا النفقة، ولا الربح المسمى، سواء كان في المضاربة ربح أو لم يكن[(١)]؛ قال الرملي: «صحيح القراض والمساقاة والإجارة والمسابقة ونحوها مضمون بالمسمى، وفاسدها بأجرة المثل»[(٢)]. وخالف في ذلك ابن تيمية فقال: «الفقهاء متنازعون فيما فسد من المشاركة والمضاربة والمساقاة والمزارعة إذا عمل فيها العامل هل يستحق أجرة المثل؟ أو يستحق قسط مثله من الربح؟ على قولين: أظهرهما الثاني وهو قول ابن القاسم، والعوض في العقود الفاسدة هو نظير ما يجب في الصحيح عرفا وعادة»[(٣)]، ويقول أيضا: «الصحيح من قولي العلماء: أن هذه المشاركات إذا فسدت وجب نصيب المثل، لا أجرة المثل؛ فيجب من الربح أو النماء إما ثلثه وإما نصفه؛ كما جرت العادة في مثل ذلك؛ ولا يجب أجرة مقدرة؛ فإن ذلك قد يستغرق المال وأضعافه، وإنما يجب في الفاسد من العقود نظير ما يجب في الصحيح، والواجب في الصحيح ليس هو أجرة مسماة؛ بل جزء شائع من الربح مسمى فيجب في الفاسدة نظير ذلك»[(٤)]، وهو اختيار تلميذه ابن القيم[(٥)].

ومن تطبيقاتها:

١- القراض إذا فسد لعدم استيفائه لشرطه فهل يرد إلى إجارة المثل وهو صحيح أصله؛ لأن أصله الإجارة الفاسدة، فاستثني منها، أم يرد إلى

---

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ١٠٨/٦، الهداية للمرغيناني مع العناية للبابرتي ٤٥٠/٨، الجوهرة النيرة للعبادي ٢٩٢/١، أسنى المطالب ٣٨٤/٢، مغني المحتاج ٢٣٠/٣، المغني لابن قدامة ٤٢/٥، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢١٨/٢، التاج المذهب للعنسي ١٦٣/٣.

(٢) حاشية الرملي على أسنى المطالب ١٧١/٢.

(٣) مجموع فتاوى ابن تيمية ٨٥/٣٠.

(٤) مجموع فتاوى ابن تيمية ٨٤/٢٨-٨٥.

(٥) انظر: الطرق الحكمية لابن القيم ص ٢١١-٢١٢.

قراض المثل وهو صحيح نوعه؟ قولان يجريان على شطري القاعدة[١].

٢- المساقاة الفاسدة هل ترد إلى صحيح أصلها، وهي إجارة المثل؛ لأنها مستثناة من الإجارة المجهولة، أو ترد إلى صحيح نوعها وهي مساقاة المثل؟ قولان يجريان على شطري القاعدة[٢].

٣- الجعل الفاسد: هل يرد إلى صحيح أصله، وهو أجرة المثل؛ لأنه مستثنى من الإجارة الممنوعة لجهل المحل، أو إلى صحيح نوعه، وهو جعل المثل، قولان يجريان على شطري القاعدة[٣].

٤- القرض الفاسد: هل يرد إلى صحيح أصله، وهو البيع فتجب القيمة؛ لأنه مستثنى من بيع الذهب بالذهب أو الفضة بالفضة أو الطعام بالطعام إلى أجل في ذلك كله، أو يرد إلى صحيح نوعه وهو المثل؟ قولان يجريان على شطري القاعدة[٤].

---

(١) انظر: الفروق للقرافي ١٥/٤، شرح المنهج المنتخب للمنجور ٤١٣/١، شرح السلجماسي على المنهج ٣٤٦/١ نسخة مرقونة، شرح ميارة على تحفة الحكام ١٣٤/٢.

(٢) انظر: شرح المنهج المنتخب ٤١٤/١، شرح السلجماسي على المنهج ٣٤٦/١ نسخة مرقونة، شرح ميارة على تحفة الحكام ١١٢/٢ والمشهور في المذهب هو التفصيل، ففي بعض الصور تجب أجرة المثل وفي بعضها مساقاة المثل انظر: شرح مختصر خليل للخرشي ٢٣٦/٦، الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي ٥٤٨/٣.

(٣) انظر: شرح اليواقيت الثمينة للسجلماسي ٦٠٦/٢، شرح السلجماسي على المنهج ٣٤٦/١ نسخة مرقونة، الذخيرة للقرافي ١٤/٦ والمشهور في المذهب هو ما قاله خليل في مختصره: "وفي الفاسد جعل مثله إلا بجعل مطلقا فأجرته" مختصر خليل مع شرح الخرشي ٦٥/٧، الفواكه الدواني للنفراوي ١١١/٢.

(٤) انظر: شرح المنهج المنتخب ٤١٥/١، شرح السلجماسي على المنهج ٣٤٧/١ نسخة مرقونة والمشهور في المذهب هو ما قاله الدردير في الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٢٢٣/٣-٢٢٤: "القرض إذا فسد رد إلى فاسد أصله، فيفوت بالقيمة، لا إلى صحيح نفسه" وانظر: شرح مختصر خليل للخرشي ٢٣٠/٥، منح الجليل ٤٠٢/٥.

التطبيق الثاني من القواعد :

٨٧٩- نص القاعدة: الْمَقْبُوضُ بِعَقْدٍ فَاسِدٍ تُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ يَوْمَ الْقَبْضِ[١].

ومن صيغها :

العبرة في المقبوض بالعقد الفاسد - إذا كان قيميا- بقيمته يوم القبض[٢].

شرح القاعدة :

قيم الأشياء غير ثابتة، قد تتقلب من يوم لآخر، ارتفاعًا وانخفاضًا؛ لأنها مرتبطة بالزمان والمكان؛ قال القرافي: «تقويم المتلفات لا يختلف باختلاف الناس، إنما يختلف باختلاف البلاد والأزمان»[٣]. ومن أجل ذلك كان تحديد وقت ترتب القيمة في الذمة عند لزوم الضمان أمرا مهما للوصول إلى تقدير عادل لقيمة المتلف يرضى به الجميع ويحسم النـزاع.

ومعنى القاعدة: أن الشيء المقبوض بعقد فاسد إذا تلف أو فات وكان من القيميات أو المثليات وتعذر وجود المثل فإن الواجب فيه قيمته يوم قبضه، بالغة ما بلغت، كانت أكثر من الثمن أو أقل أو مثله؛ فمن اشترى حاسوبًا بألف مؤجلة إلى يوم الحصول على وظيفة كان العقد فاسدا؛ لجهالة الأجل، فإذا قبضه بعد أسبوع من إجراء العقد، وقد زاد سعره إلى ألف ومائة، ثم تلف عنده بعد ذلك بشهر، وقد نقص سعره عن الثمن المسمى، فالعبرة في ضمانه بقيمته يوم القبض، لا يوم التلف ولا يوم العقد؛ وذلك لأن المعقود عليه إنما يدخل في ضمانه بالقبض، فالقبض هو سبب الضمان، «والحكم ينبني على

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٦٣، مجمع الضمانات للبغدادي ص ٢١٤.

(٢) انظر: مصباح الفقاهة للخوئي ٢/٤٥١.

(٣) الفروق للقرافي ٤/٣١.

السبب»[١]، وأما يوم العقد فلا أثر له في الضمان فلا يتعلق به الحكم، وأما الإتلاف فهو مقرر للضمان الواجب بالقبض السابق لا موجب له.

والقاعدة محل خلاف بين الفقهاء؛ فذهب الحنفية[٢]، والمالكية[٣]، والزيدية [٤] إلى أن المعتبر في القيمة يوم القبض، لا يوم التلف، ولا يوم العقد، إلا أن المالكية قالوا في المثلي إذا تعذر وجوده أو بطل اعتباره فإنه يضمنه بقيمته يوم القضاء عليه بالرد[٥]، وذهب الشافعية في المذهب[٦]، والحنابلة في وجه[٧] إلى أن المعتبر في المتقوم هو أقصى قيمة من وقت القبض إلى وقت التلف؛ لأنه مخاطب في كل لحظة من جهة الشرع برده، أما إذا كان المتلف مثليا وتعذر المثل لزمه أقصى قيمة من الأخذ إلى تعذر المثل عند الشافعية[٨]، وذهب الإمام محمد بن الحسن من الحنفية[٩] والحنابلة[١٠] والشافعية في وجه[١١]، إلى أن العبرة بقيمته يوم التلف والهلاك؛ لأن الضمان يتقرر بالتلف.

---

(١) المبسوط للسرخسي ١٩٨/٥.

(٢) انظر: تحفة الفقهاء لعلاء الدين السمرقندي ٦٣/٢، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٦٣، مجمع الضمانات لابن غانم البغدادي ص ٢١٤.

(٣) انظر: المنتقى شرح الموطأ للباجي ١٩١/٦، التلقين للقاضي عبدالوهاب ٣٩٣/٢، الفواكه الدواني للنفراوي ٨٧/٢.

(٤) انظر: التاج المذهب للعنسي ٤٥٧/٢-٤٥٨.

(٥) انظر: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٧١/٣-٧٢، منح الجليل شرح خليل لمحمد عليش ٦٦/٥-٦٧.

(٦) انظر: المجموع للنووي ٤٥٥/٩، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٤٦، مغني المحتاج للشربيني ٣٩٦/٢.

(٧) انظر: المغني لابن قدامة ١٥٨/٤.

(٨) انظر: فتاوى الرملي٢٥٧/٢.

(٩) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٦٢/٤، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٦٣، مجمع الضمانات لابن غانم البغدادي ص ٢١٤.

(١٠)انظر: الإنصاف للمرداوي ١٩٥/٦، كشاف القناع للبهوتي ١٩٧/٣، مطالب أولي النهى للرحيباني ٨١/٣.

(١١) انظر: المجموع للنووي ٤٥٥/٩، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٤٦.

ولا فرق عند جمهور الفقهاء في ضمان المقبوض بين العقد الباطل والفاسد، وذلك لأن «بدل المتلف لا يختلف بكونه في عقد فاسد وكونه تمحض عدوانا»[١]، وخالف في ذلك بعض فقهاء الحنفية، كما قال الكاساني: «إذا باع مالا بما ليس بمال حتى بطل البيع، فقبض المشتري المال بإذن البائع، هل يكون مضمونا عليه أو يكون أمانة، اختلف المشايخ فيه، فقال بعضهم: يكون أمانة؛ لأنه مال قبضه بإذن صاحبه في عقد وجد صورة، لا معنى؛ فالتحق العقد بالعدم، وبقي إذنه بالقبض، وقال بعضهم يكون مضمونا عليه؛ لأن المقبوض على حكم هذا البيع لا يكون دون المقبوض على سوم الشراء، وذلك مضمون فهذا أولى»[٢]، والقول بعدم الضمان منسوب إلى الإمام أبي حنيفة رحمه الله، والثاني إلى الصاحبين[٣]، قال الحصكفي: «والمختار قولهما، وقيل: عليه الفتوى. وفي القهستاني: وهو الصحيح على ما ذكره السرخسي وحكاه قاضي خان»[٤].

والقاعدة مقيدة بأن يكون المعقود عليه مما يحل تملكه والانتفاع به أما إذا كان محرما أو غير متقوم فلا ضمان فيه[٥]؛ كما هو مفصل في قاعدة: «إتلاف ما ليس بمتقوم لا يوجب الضمان»[٦]، فمن باع ميتة فتلفت في يد المشتري فلا ضمان عليه؛ لأن المحرم لا قيمة له شرعًا فلا يضمن بالإتلاف.

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٠٩/٧.
(٢) بدائع الصنائع للكاساني ٣٠٥/٥.
(٣) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٤٤/٤، العناية شرح الهداية للبابرتي ٤٠٤/٦، فتح القدير لابن الهمام ٤٠٤/٦، مجمع الأنهر لشيخي زاده ٦٥/٢ والمقصود بالصاحبين: أبو يوسف ومحمد بن الحسن، صاحبا أبي حنيفة.
(٤) الدر المنتقى في شرح الملتقى للحصكفي ٦٥/٢، مطبوع بهامش مجمع الأنهر دار الكتب العلمية.
(٥) انظر: مجمع الضمانات لابن غانم ص ٢١٥-٢١٦، الفواكه الدواني للنفراوي ٨٧/٢.
(٦) المبسوط للسرخسي ٢٦/٢٤.

وهي متفرعة عن أصلها: «فاسد كل عقد كصحيحه في الضمان وعدمه»، ومبينة لها؛ إذ هي تفيد وجوب الضمان في الأعيان المقبوضة في العقد الفاسد، وأن العبرة في ذلك بيوم القبض كالعقود الصحيحة، كما هو مقرر في قاعدة: «الضمان لا يجب إلا بالقبض»[1].

ومن تطبيقاتها:

١- إذا باع ثوبا من ثوبين دون أن يشترط فيه خيار التعيين فسد البيع؛ لما فيه من الجهالة[2]، فإذا أخذ الثوب وتلف عنده وجب عليه قيمته يوم القبض.

٢- لو باع شيئًا بمثل ما يبيع الناس به، أو باع الشيء بقيمته، فسد البيع للجهالة[3]، فإن قبضه وهلك عنده فعليه قيمته يوم القبض إن لم يكن من ذوات الأمثال[4].

٣- لو باع دارا على أن يقرضه المشتري دراهم، أو على أن يهدي له هدية، فالبيع فاسد؛ لأن هذا شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه، فيفسد العقد[5]، فإذا قبض المشتري الدار فتهدمت وجب عليه قيمتها يوم القبض.

---

(١) المبسوط ١٣/٢٤.

(٢) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٤/٤٨، الدر المختار للحصكفي مع رد المحتار لابن عابدين ٥/٦٦.

(٣) انظر: الدرر شرح الغرر للملا خسرو ٢/١٧٧، الدر المختار مع رد المحتار ٥/١١٢.

(٤) انظر: المبسوط للسرخسي ١٣/٧.

(٥) انظر: المبسوط ١٤/٤٠، بدائع الصنائع للكاساني ٥/١٧٠، الهداية للمرغيناني مع العناية للبابرتي ٦/٤٤٦، المدونة لسحنون ٣/٥٥٣.

٤- إذا اشترى سيارة على أنه إن سلّم الثمن في سنة فبكذا، أو في سنتين فبكذا، وافترقا على هذا فالبيع فاسد؛ لأنه لم يقاطعه على ثمن معلوم[١]، فإن تلفت السيارة عند المشتري فعليه قيمتها يوم القبض.

٥- لو باع شيئًا إلى قدوم الحاج أو إلى الحصاد والقطاف والجزاز[٢]، والدياس[٣] فسد البيع لجهالة هذه الآجال، وهي تفضي إلى المنازعة[٤]، فإذا أخذه وضاع عنده وجب عليه قيمته يوم القبض.

٦- إذا خالف المضارب شروط صاحب المال في المضاربة الفاسدة أصبح ضامنا؛ للتعدي، فإذا تلف المال، فعلى المضارب قيمته يوم القبض؛ لأن المقبوض بعقد فاسد تعتبر قيمته يوم القبض[٥].

٧- إذا قبض المرتهن الرهن بعقد فاسد فللراهن أن يسترده منه، فإن منعه حتى هلك فإنه يكون مضمونا عليه بالقيمة يوم القبض إن لم يكن له مثل[٦].

---

(١) انظر: نظيره في: المبسوط ١٣/٧-٨، الفتاوى الهندية ٣/١٣٦.

(٢) الحصاد والقطاف والجزاز كلها تشترك في معنى القطع والجذ، إلا أن الحصاد -بفتح الحاء وكسرها- يختص بقطع الزروع، والقطاف -بكسر القاف، والفتح فيه لغة - بقطع العنب ونحوه، والجزاز - بفتح الحاء وكسرها- يشمل قطع الصوف والنخل والزرع والشعر، وقد يعبر عنه بالجذاذ أيضًا، إلا أن استعمال الجذاذ في قطع الثمار أشهر انظر: العناية شرح الهداية ٦/٤٥٣، تبيين الحقائق للزيلعي ٤/٥٩، مجمع الأنهر لشيخي زاده ٢/٦٤.

(٣) الدياس هو: دوس الحب بالقدم لينقشر، وأصله الدواس بالواو ؛ لأنه من الدوس، قلبت ياء للكسرة قبلها انظر: فتح القدير لابن الهمام ٦/٤٥٣، البحر الرائق لابن نجيم ٦/٩٦، رد المحتار لابن عابدين ٥/٨٢، المغرب للمطرزي ص ١٧٠.

(٤) انظر: الهداية مع العناية ٦/٤٥٤ -٤٥٥، تبيين الحقائق ٤/٥٩، البحر الرائق ٦/٩٦.

(٥) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٣/٤٣٨.

(٦) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٦/١٦٣.

٨- من نكح نكاحًا فاسدًا، ثم حصل الخلع أو الطلاق على عوض، وسلمته المرأة للمخالع، فلها أ ن تسترده منه؛ لأنه أخذه بغير حق، فإن تلف استحقت قيمته يوم القبض.

٩- إذا أسلم الرجل سلما فاسدا، وكان رأس المال عرضا من العروض القيمية فاستهلكه المسلم إليه وجب عليه قيمته يوم القبض؛ إذ الضمان من وقته[١].

ومن استثناءاتها :

ذكر فقهاء الشافعية مسائل استثنيت من القاعدة منها[٢]:

١- الشركة فإنه لا يضمن كل منهما عمل الآخر مع صحتها، ويضمنه مع فسادها.

٢- لو صدر الرهن أو الإجارة من متعد؛ كغاصب، فتلفت العين في يد المرتهن أو المستأجر فللمالك تضمينه، وإن كان القرار على المتعدي مع أنه لا ضمان في صحيح الرهن والإجارة.

محمد عمر شفيق الندوي

* * *

(١) انظر: البحر الزخار لأحمد المرتضي ٤/٤٠٠.

(٢) انظر: المنثور للزركشي ٣/٩-١١، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٨٣- ٢٨٤، أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٢/١٧٠-١٧١، الفتاوى الفقهية الكبرى لابن حجر الهيتمي ٢/٢٨٠-٢٨١، مغني المحتاج للشربيني ٣/٧٦-٨٢.

رقم القاعدة: ٨٨٠.

نص القاعدة: إِذَا تَوَلَّدَ الشَّيْءُ بَيْنَ مَضْمُونٍ وَغَيْرِ مَضْمُونٍ؛ فَهَلْ يُعْطَى جَمِيعُهُ حُكْمَ الضَّمَانِ؟[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- المتولد من مضمون وغير مضمون فيه خلاف والأصح أن لكل حكمه غالبًا[٢].

٢- إذا حصل التلف من فعلين أحدهما مأذون فيه والآخر غير مأذون فيه وجب الضمان كاملاً على الصحيح[٣].

٣- المتولد من مضمون وغير مضمون يختلف حكمه باختلاف أحواله في الأصح[٤].

٤- ما تولد من مضمون وغير مضمون هل يغلب فيه جانب الضمان؟[٥].

(١) الأشباه والنظائر للسبكي ١/١٤٨، نواضر النواظر لابن الصاحب ١/٤٤/أ.

(٢) المنثور للزركشي ٤/١٦٤.

(٣) قواعد ابن رجب (القاعدة: ٢٨) ص ٤١.

(٤) المقاصد السنية للشعراني ص١٥٤.

(٥) الأشباه والنظائر لابن الملقن ١/٣٩٣.

قواعد ذات علاقة:

١- المانع مقدم على المقتضي[١]. (أعم باعتبار شطر القاعدة القاضي بعدم تغليب جانب الضمان).

٢- الجواز الشرعي ينافي الضمان[٢]. (تكامل).

٣- المتولد من التعدي في حكم التعدي[٣] (تكامل).

٤- المتولد من مأذون فيه لا أثر له، بخلاف المتولد عن منهي عنه[٤]. (تكامل).

٥- من أتلف شيئًا عمدًا بغير حق لزمه الضمان[٥]. (تلازم).

شرح القاعدة:

معنى تولد الشيء في القاعدة نشوؤه من تصرفين من تصرفات المكلفين.

والمضمون: اسم مفعول من ضمن الشيء إذا التزمه، وهو عند الفقهاء ما يلزم ضمانه بسبب من أسباب الضمان.

وأسباب الضمان الشرعي أربعة: العقد، واليد مؤتمنة كانت أو لا، والإتلاف نفسًا أو مالاً، والحيلولة الفعلية -والقولية على الأصح- بين المستحِقِّ وحقه[٦].

---

(١) انظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٢) درر الحكام شرح غرر الأحكام لملا خسرو ٣٣٨/٧، الدر المختار للحصكفي ٥٢٣/٥، حاشية ابن عابدين ٣٣٨/٧، شرح القواعد الفقهية للزرقا ٤٤٩/١، المجلة (المادة ٩١) ٢٧، المدخل الفقهي العام للزرقا ١٠٣٢/٢، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٣) المنثور للزركشي ٣٢٧/٢، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٤) المنثور للزركشي ١٦٣/٣، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٥) قواعد الأحكام لعز الدين بن عبد السلام ١٦٤/٢ وانظر أيضًا: التجريد للقدوري ٥٣٦٨/١٠.

(٦) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص٣٦٢، والمنثور للزركشي ٨٩/٢.

والمضمونات الشرعية متعددة ذكر منها الإمام السيوطي ستة عشر نوعًا[١].

و(جميعه): توكيد معنوي لضمير نائب الفاعل المستتر في يعطى، جيء به لرفع توهم عدم إرادة الشمول.

ومعنى القاعدة أن الشيء الناشئ مما هو مضمون ومما هو غير مضمون قد اختلف الفقهاء في قدر الضمان فيه - على القول بلزومه - على قولين: هل يستحق كاملا أم لا؟

فهي جارية في تصرفات المكلفين حيث يشترك منها مؤثران في شيء واحد: أحدهما مستحَق شرعا فلا يلزم مما ينشأ عنه ضمان عملا بقاعدة: «الجواز الشرعي ينافي الضمان»، والثاني بعكس ذلك.

والذي يظهر أن الخلاف في القاعدة جار في أغلب الفروع التي وقع فيها اشتراك هذين المؤثرين المتعارضين، ومن أشهر أمثلته: اختلاف الفقهاء في قدر الضمان في تلف النفوس بسبب الزيادة على الحد - كزيادة سوط أو أكثر في جلد الزاني مثلا[٢] - على قولين جاريين على شطري القاعدة[٣]:

الأول: لزوم كامل الدية، وهو قول الحنابلة جريا على شطرها الأول القاضي بإعطاء المتولد بين مضمون وغير مضمون جميع حكم الضمان وقد صرح ابن رجب الحنبلي بترجيح هذا الشطر في الصيغة المتنوعة للقاعدة: «إذا حصل التلف من فعلين أحدهما مأذون فيه والآخر غير مأذون فيه وجب الضمان كاملا على الصحيح»[٤].

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي من صفحة ٣٥٦ إلى ٣٦٠.

(٢) ولابن حزم رأي خاص في حكم من تعدى في إقامة الحد: "فضرب التعدي (بتجاوز قدر الحد) لا يتبعض بلا شك، فإذ لا يتبعض - وهو معصية - فباطل أن يجزي عن الحد الذي هو طاعة لله تعالى فيقتص له منه، ثم يقام عليه الحد ولا بد"، المحلى لابن حزم ١١/١٧١.

(٣) انظر: تفصيل هذا الخلاف في المغني لابن قدامة ٩/١٤٠، الشرح الكبير لابن قدامة ١٠/١٣٦.

(٤) القواعد لابن رجب (القاعدة: ٢٨) ص ٤١.

والثاني: لزوم نصف الضمان وبه قال مالك وأبو حنيفة والشافعي في أحد قوليه والقول الآخر للشافعي: يجب من الدية بقدر ما تعدى به جريًا على شطرها الثاني القاضي بعدم إعطاء المتولد بين مضمون وغير مضمون جميع حكم الضمان وأكد الزركشي تغليب الشافعية لهذا الشطر في صيغة أخرى للقاعدة: «المتولد من مضمون وغير مضمون فيه خلاف، والأصح أن لكل حكمه غالبًا» بجعل الضمان نصفين أو بتقسيطه.

وقد ينشأ الخلاف بين الفقهاء - لا في أصل القاعدة - بل في بعض الصور حيث يعتبرها بعضهم متولدة من مأذون فيه فلا يلزم منها ضمان بينما يعتبرها آخرون جامعة بين سببي الضمان ونفيه وداخلة في قاعدتنا ومثال ذلك اختلافهم في الرجل يتزوج المرأة فيجامعها فيفضيها[1]: فذهب الحنفية[2] والحنابلة[3] إلى أنه لا شيء عليه في ذلك من دية ولا غيرها إلا المهر لأنه فعل مأذون فيه ممن يصح إذنه فلا ضمان فيما تلف بسرايته[4].

أما المالكية فجعلوا في ذلك حكومة في ماله واعتبروه متعديًا في المأذون فيه والتعدي في المأذون فيه عندهم في حكم الخطأ فيلزم فيه الأرش[5].

أما الشافعية فغلبوا وجه الجناية وأوجبوا في ذلك دية الإفضاء وكمال المهر[6].

---

(١) أي يجعلها مفضاة وهي التي اتحد سبيلاها: كتاب الكليات للكفوي ص ١٥٤.

(٢) انظر: مختصر اختلاف العلماء للطحاوي ٢/٣٥٨.

(٣) الشرح الكبير لابن قدامة ٩/٦٣٢.

(٤) ونحا العاملي الإمامي نفس النحو إلا أنه اشترط ألا يكون ذلك بتفريط، انظر: الروضة البهية للعاملي: الجزء (١٠)، كتاب الديات، الفصل (٢)، المسألة (١٢).

(٥) انظر: المدونة الكبرى ١٦/٢٥٣، انظر: الذخيرة للقرافي ١٣/٣٦٩.

(٦) انظر: الحاوي الكبير للماوردي ١٢/٢٩٦.

كما وقع الخلاف بنفس السبب في ضمان الدابة المكتراة تموت تحت الراكب حيث لم يعتبرها الحنابلة من باب وقوع التلف بفعل مضمون وغير مضمون[١].

والخلاصة أن هذه القاعدة خلافية إلا أن الغالب لدى الحنابلة ترجيح شطرها الأول بخلاف الشافعية كما يدل ما وقع في فروعها المبثوثة في كتب الحنفية من الاستدلال لتقسيم الضمان أو تقسيطه بنشوئه من مأذون فيه وغير مأذون فيه، على تغليبهم لشطرها الثاني كذلك[٢]، أما صنيع المالكية فدال على أن المتولد من مضمون وغير مضمون يختلف حكمه باختلاف أحواله حيث يجعلون للتعدي في المأذون فيه حكم الخطأ كما سبق بيانه في المثال السابق فيلزم منه الضمان كاملا؛ وقد يستدلون لنفي الضمان باستناده إلى إذن وتعدٍّ كالزيادة على الحمل المشروط للدابة المكتراة إذا كانت تلك الزيادة يسيرة مما يعلم أن مثله لا يعطبها، فإنها إن هلكت منه لم يلزم المكتري غرمها لمالكها بخلاف إذا زاد في المسافة وهلكت فإنه يضمنها لتمحض التعدي حينئذ[٣] وقد يحكمون بنصف الضمان كأحد قولي ابن القاسم فيمن جرح نفسه جرحًا يكون عنه الموت غالبًا ثم تعمد شخص ضربه فمات[٤]، ومذهب المالكية قريب مما قرره الإمام الشاطبي في بعض جزئيات هذه القاعدة المتعلقة بفعل المأمور به على وجه يقع فيه مضرة، مع إمكان فعله على وجه لا يلحق فيه مضرة، وليس للشارع قصد في وقوعه على الوجه الذي يلحق به الضرر دون الآخر؛ من كون فاعله يعد متعديا بفعله، ويضمن ضمان المتعدي على الجملة، وينظر في

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة ٥/٢٩٢.

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي ١٧١/١٥، ١٦/١٤، تبيين الحقائق للزيلعي ٥/١٢٠، لسان الحكام لابن أبي اليمن ١/٢٨٧، درر الأحكام لعلي حيدر ١/٥٤٤-٥٤٩ وغيرها.

(٣) المدونة الكبرى ١١/٤٧٨، التاج والإكليل للمواق ٥/٤٢٨، مواهب الجليل للحطاب ٧/٥٧٣.

(٤) عند ابن القاسم انظر: شرح مختصر خليل للخرشي ٨/١١.

الضمان بحسب النفوس والأموال على ما يليق بكل نازلة، ولا يعدّ قاصدًا له البتة، إذا لم يتحقق قصده للتعدي[١].

والقاعدة جارية في فقه العبادات والمعاملات مبثوثة الفروع في شتى كتب المذاهب الفقهية كما يتضح من تنوع تطبيقاتها.

أدلة القاعدة :

أولاً : أدلة القائلين بأنه إذا تولد الشيء بين مضمون وغير مضمون يعطى جميعه حكم الضمان :

أن المتولد من المضمون وغير المضمون حصل من جهة الشرع وعدوان المتعدي فكان الضمان على العادي، كما لو ضرب مريضا سوطا فمات به، ولأنه تلف بعدوان وغيره فأشبه ما لو ألقى على سفينة موقرة حجرا فغرقها[٢]، ثم إن المأذون فيه لا أثر له في الضمان وإنما الجناية ما زاد عليه فأسند بالضمان إليها[٣].

ثانيًا : أدلة القائلين بأنه إذا تولد الشيء بين مضمون وغير مضمون لم يعط جميعه حكم الضمان:

أن المتولد من المضمون وغير المضمون ناشئ من مستحق وغير مستحق[٤]، فقسم ضمانه عليهما[٥].

---

(١) انظر : الموافقات للشاطبي ٢/٣٥٧.
(٢) المغني لابن قدامة ٩/١٤٠.
(٣) القواعد لابن رجب ص٤٢.
(٤) المنثور للزركشي ١/٣٥١.
(٥) الكافي في فقه أحمد بن حنبل لابن قدامة ٤/٤٦..

تطبيقات القاعدة :

١- لو اشترك محرم وحلال في قتل صيد لزم المحرم نصف الجزاء ولا شيء على الحلال[١] جريًا على شطر القاعدة القاضي بأنه إذا تولد الشيء بين مضمون وغير مضمون لم يعط جميعه حكم الضمان؛ وقيل: على المحرم جميع القيمة[٢]، جريًا على شطر القاعدة القائل إنه إذا تولد الشيء بين مضمون وغير مضمون؛ يعطى جميعه حكم الضمان.

٢- إذا أوجبنا الضمان بالختان في الحر أو البرد المفرطين فالواجب جميع الضمان للتعدي أو نصفه؛ لأن أصل الختان واجب والهلاك حصل من مستحق وغير مستحق وجهان أظهرهما الثاني[٣]، والقولان جاريان على شطري القاعدة.

٣- من اكترى وسيلة نقل إلى مكان فجاوز بها المكان فوقع فيها خلل في حال السير والركوب ضمن، لأنه وقع في حال العدوان، وفى قدر الضمان قولان: أحدهما نصف قيمته، لانه تلف من مضمون وغير مضمون، فكان الضمان بينهما نصفين جريا على شطر القاعدة القاضي بأنه إذا تولد الشيء بين مضمون وغير مضمون لم يعط جميعه حكم الضمان[٤] أو يضمنها بكمال القيمة[٥]، جريًا على شطر القاعدة القاضي بأنه إذا تولد الشيء بين مضمون وغير مضمون يعطى جميعه حكم الضمان.

---

(١) انظر: روضة الطالبين للنووي ٣/١٦٢.
(٢) انظر: وعلى الحلال النصف، بدائع الصنائع للكاساني ٢/٢٠٨.
(٣) انظر: روضة الطالبين للنووي ١٠/١٨٢.
(٤) انظر: المهذب للشيرازي ١/٤٠٨.
(٥) انظر: القواعد لابن رجب ص ٤٢، انظر: شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ١٠/٢٤١.

٤- من وجب له القصاص في الطرف فاقتص بحديدة مسمومة فمات المقتص منه، لم يجب عليه القصاص لأنه تلف من جائز وغير جائز، ويجب نصف الدية لأنه هلك من مضمون وغير مضمون، فسقط النصف ووجب النصف[(١)]، جريًا على شطر القاعدة القاضي بأنه إذا تولد الشيء بين مضمون وغير مضمون لم يعط جميعه حكم الضمان.

٥- لو زاد مقيم الحد على الحد فمات المحدود وجب الضمان بغير خلاف وفي قدر الضمان قولان: أحدهما كمال الدية لأنه تلف بعدوان وغيره، والثاني عليه نصف الضمان[(٢)]؛ لأنه تلف بفعل مضمون وغير مضمون فكان الواجب نصف الدية[(٣)] والقولان جاريان على شطري القاعدة.

٦- من استأجر سيارة ليحمل عليها ألف كيلوغرام من الذرة فحمل عليها مائتين وألف كيلوغرام منها فتعطلت ضمن سدس قيمتها لأنها عطبت بما هو مأذون فيه وغير مأذون فيه وسبب تعطلها الثقل فانقسم عليهما[(٤)]، جريًا على شطر القاعدة القاضي بأنه إذا تولد الشيء بين مضمون وغير مضمون لم يعط جميعه حكم الضمان.

٧- من جرح نفسه، وجرحه أجنبي فمات فلا قصاص على الأجنبي، وعلى الأجنبي نصف الدية، لأنه مات بجرحين أحدهما هدر، والآخر معتبر[(٥)]، أو يجب له أرش ما يقابل فعل الغير[(٦)]، وكلا

(١) انظر: الكافي في فقه ابن حنبل لابن قدامة ٤/ ٤٥.

(٢) انظر: المغني لابن قدامة ٩/ ١٤٠، وانظر: القواعد لابن رجب ص٤١، ٤٢.

(٣) وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعي في أحد قوليه، انظر: المغني لابن قدامة ٩/ ١٤٠، وانظر: المهذب للشيرازي ٢/ ٢٨٧، انظر: البحر الزخار لأحمد بن المرتضى ٦/ ١٩٦.

(٤) تخريجًا على من اكترى دابة ليحمل عليها مائة مَنٍ وزاد عليه عشرين منًّا فإنه يضمن سدس الدابة، مجمع الأنهر لشيخي زاده ٣/ ٥٢٥.

(٥) عند الحنفية خلافا للشافعي، انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٧/ ٢٣٦.

(٦) انظر: الذخيرة للقرافي ١٤/ ٢٧٥.

القولين جار على شطر القاعدة القاضي بأنه إذا تولد الشيء بين مضمون وغير مضمون لم يعط جميعه حكم الضمان.

٨- يلزم شريك المخطئ في القتل نصف الدية والقصاص بالقسامة والقصاص بغير قسامة إن كان قريبًا وعلى المخطئ نصف الدية[١]، جريًا على شطر القاعدة القاضي بأنه إذا تولد الشيء بين مضمون وغير مضمون لم يعط جميعه حكم الضمان.

بدي أحمد سالم

* * *

(١) وكذا شريك الصبي والمجنون، أما إذا علم قصد القتل بالمشاركة فالقصاص، انظر: جامع الأمهات لابن الحاجب ١/٤٨٨-٤٨٩.

رقم القاعدة: ٨٨١

نص القاعدة: قَوْلُ الأَمِينِ مَقْبُولٌ فِيما لم يُكَذِّبْه الظَّاهِرُ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- قول الأمين إنما يقبل فيما لا يكذبه الظاهر[٢].

٢- القول في الأمانة قول الأمين مع يمينه إلا أن يدعي أمرا يكذبه الظاهر[٣].

٣- القول قول الأمين فيما لا يستنكر[٤].

٤- الأمين إنما يقبل خبره إذا لم يكن مستحيلاً أو مستنكرًا[٥].

٥- القول قول الأمين مع اليمين من غير بينة[٦].

---

(١) صنوان القضاء ٢/٤٦٤ وفي لفظ: "الأصل قبول قول الأمناء إلا حيث يكذبهم الظاهر" حاشية الروض المربع لابن قاسم ٥/٤٦٩.

(٢) بدائع الصنائع ٣/١٩٨.

(٣) حاشية ابن عابدين ٤/٤٤٩، تنقيح الفتاوى الحامدية ٣/١٧٨.

(٤) البناية للعيني ٥/٢٦٦ وفي لفظ: "الأمين إذا أخبر بخلاف العادة لم يلتفت إليه" التجريد للقدوري ١٠/٣٤١ وفي لفظ: "الأمين يحمل قوله على الصحة ما لم يتبين كذبه" المصدر نفسه ١٠/٥٢٩٩.

(٥) المبسوط ٦/٢٦.

(٦) أصول الكرخي ص ١٦٤، أصول البزدوي ١/٣٦٩، لسان الحكام ١/٢٣٤ وبنحوه في: المبسوط ٦/٧٩، ١١/١١٣، الهداية ١/٢٤٣، طبقات الشافعية الكبرى ٧/١٠٦، المغني ٤/١٣٤.

٦- كل من اؤتمن على شيء فالقول قوله فيه[١].

٧- قول الأمين مقبول إلا إذا تحقق كذبه[٢].

قواعد ذات علاقة :

١- قول الأمين مقبول في الرد[٣]. (أخص).

٢- القول قول الوكيل في نفي الضمان وإيصال الأمانة لصاحبها[٤]. (أخص).

٣- ما لا يعلم إلا من جهة الإنسان فإنا نقبل قوله فيه[٥]. (أخص).

٤- الأمين فيما يرجع إلى الحفظ لا يكون ضامنًا[٦]. (تلازم).

٥- يد الأمين يد المالك[٧]. (متكاملة).

٦- لا يصدق الأمين في إيجاب الضمان على الغير[٨]. (مكملة).

٧- لا ضمان على مؤتمن[٩]. (أصل مقيد بالقاعدة).

---

(١) أحكام القرآن للجصاص ٢/٦٥ وبمعناه في الشرح الكبير للدردير ٤/١٤٤، شرح النيل ١٠/٣٢٠، ١١/١٠٥، ١٩٣، البحر الزخار ٥/٨٨، ١٧٢، شرائع الإسلام ٢/١٦٢، الروضة البهية ٣/٥٤٥، ٤/٢٦٥.

(٢) اللباب للميداني ٣/١٩٨.

(٣) الحاوي الكبير ٨/٣٦٠.

(٤) الفرائد البهية ص ٩٩.

(٥) انظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٦) القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير ص ٤٨١، حاشية ابن عابدين ٨/٣٢٤.

(٧) البحر الزخار ٤/٣٤١ وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٨) انظر: واقعات المفتين ١/١٢٥ وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٩) رواه الدارقطني ٣/٤١(١٦٧)، والبيهقي في الكبرى ٦/٢٨٩ من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

شرح القاعدة:

المراد بالأمين هنا هو المؤتمن على الشيء والمسلَّط عليه من قبل غيره، سواء أجعل أمينًا من جهة مستحق الأمانة بعقد من عقود الأمانات، مثل المودَع، أو كان أمينًا من قِبَل الشرع في أمر من الأمور، كالوصي والملتقط، أو صار الشيء أمانة في يد شخص بدون عقد ولا قصد، كما لو ألقت الريح في دار أحد مال جاره، فنظرا لكونه لم يوجد عقد فلا يكون ذلك المال وديعة عند صاحب البيت بل أمانة فقط[١]، والأمانة وإن كان أغلب جريانها في الأموال، إلا أنها تجري أيضًا في غير الأموال، فهي تعم "كل ما يمكن أن يؤتمن عليه الإنسان»[٢].

ولا يشترط في الأمين في هذه القاعدة أن يكون عدلاً مأمونًا، بل «الأمين مصدق في أمانته مأمونا كان أو غير مأمون»[٣].

والمراد بالظاهر هنا: هو ظاهر الحال والقرائن والعادة المطردة[٤].

ومعنى القاعدة: أن كل من أؤتمن من قبل غيره على شيء ما فإنه مصدَّق ويجب قبول قوله فيما ينفي به ضمان الأمانة عن نفسه، إلا إن ادعى الأمين ما يخالف الظاهر من الحس والعادة وقرائن الأحوال ثم لو بين السبب النافي لموجب الضمان عليه، فإن كان أمرًا ظاهرًا تحقق وقوعه صُدِّق بلا يمين؛ لأن ظاهر الحال يغنيه عنها، بخلاف ما إذا كان سببًا خفيًّا مثل ضياع الشيء من غير

---

(١) انظر: الفروق للقرافي ٤/١٦٥، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٢/١٩٤.

(٢) أضواء البيان ٨/٤٥٧.

(٣) كليات ابن غازي ٢/٧٠٩.

(٤) وهذا ما يعبر عنه المالكية بقولهم: «إن أتى بما يشبه» أي يشبه أن يكون كذلك في العادة، ومن ذلك قول ابن عبد البر رحمه الله تعالى: «إن كان اليتيم في حجر الوصي صدق في الإنفاق عليه إذا أتى بما يشبه، فإن زاد على ما يشبه لم يقبل منه» الكافي ١/٥٤٩.

تفريط أو سرقته أو نحو ذلك من الأسباب الخفية، وأنكره صاحب الحق، فعليه اليمين لدفع التهمة عن نفسه[١].

قال ابن جزي رحمه الله تعالى: «كل أمين على شيء فهو مصدق دون يمين فيما يقوله فيما ادعي عليه من وجه يجب عليه به الضمان، إلا أن يكون متهما فيجب عليه اليمين، فمن ذلك: الوالد في مال ابنه الصغير، ومال ابنته البكر، والوصي في مال محجوره، وأمين الحاكم الذي يوضع المال على يديه، والمستودع - أي الوديع، والعامل في القراض، والأجير بما استؤجر عليه والوكيل فيما وكل عليه، والمأمور بالشراء والبيع، والسمسار الذي يبيع للناس أموالهم ويدخل فيما بينهم، والشريك في المال، والرسول فيما يرسل به من شيء، والذي يرسل معه مال يشتري به شيئًا»[٢].

لكن يشترط في قبول قوله وتصديق ادِّعائه أن يكون خبره محتملاً لصدقه ظاهرًا فيما أخبر به، فلو أخبر بما يكذبه الظاهر، أو «أخبر بما لا يمكن تصديقه فيه إلا بأمور هي نادرة لا يصدق كالوصي إذا قال: أنفقت على الصبي في يوم مائة درهم لا يصدق وما قاله محتمل بأن يشتري له نفقة فتسرق ثم مثلها فتحرق ثم مثلها فتتلف فلا يصدق لكون هذه الأمور نادرة»[٣]؛ لما تقرر شرعًا أن «من أخبر بما يكذبه الظاهر فيه لم يكن مصدَّقًا»[٤]. أو بعبارة أخرى: «من جاء بما لا يشبه ولا يمكن في الأغلب كذب ولم يقبل منه»[٥].

---

(١) انظر: روضة الطالبين ٢/٢٥٤، ٦/٣٤٦ وراجع أيضًا: المبسوط ٣٠/٢٨.
وانظر ما يستحلف وما لا يستحلف فيه في الطرق الحكمية ص ١٦٤.

(٢) القوانين الفقهية ١/٢٢١ ونحوه قال الباجي في فصول الأحكام ص ٤١١، ٤١٢، والبهوتي في كشاف القناع ٣/٤٨٥، والعنسي في التاج المذهب ٣/٣٤١ وانظر أيضًا: البحر الزخار ٣/١٧٠، ٥/٨٩، شرح النيل ١٠/٣٢٠، المحلى ٨/٢٠١، ٨/٢٤٨، ٢٧٧.

(٣) المبسوط ٣/٢١٧.

(٤) شرح السير الكبير ٤/١١٢٨.

(٥) الكافي لابن عبد البر ٢/٩٩٢.

وهذه القاعدة هي قاعدة مهمة في مجال إثبات الضمان، وحل النزاعات التي تنشأ بين الأمناء والملاك في متعلقات الأمانة التي تحت أيديهم وتصرفهم فيها، وقد اتفق الفقهاء على اعتبارها – في الجملة - وما ورد فيها من خلاف فمرده إلى كون الشيء أمانة عند بعضهم، مضمونًا عند آخرين، ونحو ذلك من الأسباب، منها ما ذهب إليه المالكية من أن قول الأمين إنما يقبل فيما لو دفع إليه الأمانة بغير شهود، أما لو دفع إليه ببينة، فلا يقبل قوله في الرد إلا ببينة، قال القرافي رحمه الله تعالى: «يصدق في رد الوديعة والقراض إليك إلا أن يقبض ذلك ببينة فلا يبرأ إلا ببينة ولو قبض ببينة صدق في الضياع والسرقة لأن الإشهاد عليه متعذر وقال الأئمة يصدق وإن قبض ببينة» وعلل ذلك بقوله:لأنه «لما أشهد عليه فقد جعله أمينًا في الحفظ دون الرد، فقد ادعى ما ليس أمينا فيه فيضمن، ولأن الغالب ممن شهد عليه بشيء أنه يجتهد في دفع تلك الشهادة عنه بما يدفعها بحيث لم يفعل ذلك تعينت التهمة الموجبة للضمان»(١).

وهي من القواعد الدالة على حرص الشريعة على نفي الحرج والمشقة والضرر عن الناس، وذلك لأن حفظ الأمانات نوع من التعاون على البر والتقوى، وإذا أوجبنا الضمان على الأمناء امتنع الناس عن ذلك وضاعت حقوقهم وتعطلت مصالحهم ولحقهم الحرج والضرر، وكل ذلك مما يأباه الشارع الحكيم، قال الزركشي رحمه الله تعالى: «القول قول الأمين والحكمة في ذلك أنه لو كلف إقامة البينة على ذلك لتعذر عليه أو شق، فيمتنع الناس من الدخول في الأمانة مع الحاجة إليه، فيحصل الضرر»(٢).

---

(١) الذخيرة ٩/١٤٥ وانظر أيضًا: الفواكه الدواني ٢/١٧٠.

(٢) شرح الزركشي على مختصر الخرقي ٢/١٥٠.

وهذه القاعدة ليست على إطلاقها، بل هي مقيدة بقيود هي:

١ - أن لا يكذبه الظاهر فيما يقول، وقد تقدم الكلام عن هذا القيد.

٢ - أن لا تكون الأمانة مما لا يدفع إلا بشهود، فإن دفع بغير شهود كان ضامنًا لتفريطه قال السرخسي - رحمه الله تعالى : «القول قول الأمين في براءة ذمته مع اليمين إلا أن يكون مما لا يدفع إلا بشهود فحينئذ يضمن إذا دفع بغير شهود؛ لأنه نهاه [أي نهى الموكل الوكيل] عن الدفع واستثنى دفعا بصفة وهو أن يكون بشهود فإذا دفع بغير شهود فهذا الدفع لم يكن مأمورا به فصار غاصبًا ضامنا»[١].

٣- كما قالوا: إن قول الأمين مقبول في نفي الضمان عن نفسه، وغير مقبول إذا أراد بقوله إسقاط ضمان واجب عليه، أو استحقاق الأمانة لنفسه قال السرخسي: «قول المرء مقبول فيما هو أمين فيه لنفي الضمان عنه فأما في إسقاط الضمان الواجب عليه غير مقبول»[٢]. وقال أيضًا: «والقول قول الأمين في براءته عن الضمان لا في استحقاق الأمانة لنفسه»[٣].

كما يجدر التنبيه هنا على أن الأمين إنما يصدق في براءة نفسه عن الضمان، لكنه غير مصدق في إيجاب الضمان على الغير، كما سيأتي الكلام على ذلك في قاعدة «لا يصدق الأمين في إيجاب الضمان على الغير»، إن شاء الله تعالى.

وبالجملة فإن الأمين إنما يقبل قوله في نفي الضمان عن نفسه، ولا يقبل قوله في غير ذلك إلا ببينة.

---

(١) المبسوط ١٩/٧١.

(٢) المبسوط ١١/١٩٠.

(٣) المصدر نفسه ٢٢/١٨٧.

ومع أن الأصل أن قول الأمين مقبول بيمينه إن لم يكذبه الظاهر، إلا أن هذا لا يتنافى مع مطالبة التوثيق والإثبات إذا لزم الأمر، علمًا بأن «مفهوم الأمانة يمكن أن يكون قابلاً للتبدل حسب تغيير الأحوال والأزمان، كما حصل ذلك في تضمين الصناع، مثلاً، في العصور الأولى، وإلى هذا يتجه النظر في بعض المعاملات المتعلقة بالمصارف في الظروف الراهنة»(١).

أدلة القاعدة:

١- قوله تعالى: ﴿وَلْيُمْلِلِ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ وَلْيَتَّقِ ٱللَّهَ رَبَّهُۥ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْـًٔا﴾ [سورة البقرة: ٢٨٢].

قال الجصاص – رحمه الله تعالى: «ونظير هذه الآية في تصديق المؤتمن فيما اؤتمن عليه قوله تعالى: ﴿وَلْيُمْلِلِ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ وَلْيَتَّقِ ٱللَّهَ رَبَّهُۥ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْـًٔا﴾ لما وعظه بترك البخس دل ذلك على أن القول قوله فيه ولولا أنه مقبول القول فيه لما كان موعوظا بترك البخس وهو لو بخس لم يصدق عليه ومنه أيضًا قوله تعالى: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا۟ ٱلشَّهَـٰدَةَ ۚ وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُۥٓ ءَاثِمٌ قَلْبُهُۥ﴾ [سورة البقرة: ٢٨٣] دل ذلك على أن الشاهد إذا كتم أو أظهر كان المرجع إلى قوله فيما كتم وفيما أظهر لدلالة وعظه إياه بترك الكتمان على قبول قوله فيها وذلك كله أصل في أن كل من اؤتمن على شيء فالقول قوله فيه كالمودع إذا قال قد ضاعت الوديعة أو قد رددتها وكالمضارب والمستأجر وسائر المأمونين على الحقوق»(٢).

٢- قوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ ٱلَّتِى جَعَلَ ٱللَّهُ لَكُمْ قِيَـٰمًا وَٱرْزُقُوهُمْ فِيهَا وَٱكْسُوهُمْ وَقُولُوا۟ لَهُمْ قَوْلًا مَّعْرُوفًا﴾ [سورة النساء: ٥].

---

(١) موسوعة القواعد والضوابط الفقهية لعلي الندوي ١/٤١٦ وانظر أمثلة ذلك في الموضع نفسه.
(٢) أحكام القرآن ٢/٦٥.

قال الشيخ السعدي رحمه الله تعالى: «فيه دليل على أن قول الولي مقبول فيما يدعيه، في النفقة الممكنة، والكسوة؛ لأن الله جعله مؤتمنا على مالهم، فلزم قبول قول الأمين»[١].

٣- حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعًا: «لا ضمان على مؤتمن»[٢].

وبالإسناد نفسه مرفوعًا: «ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان»[٣].

وجه الدلالة من الحديثين أنهما نفيا الضمان عن الأمين، ويلزم من هذا أن يقبل قوله فيما ينفي به الضمان عن نفسه، بشرط أن لا يكذبه الظاهر؛ لأن تكذيب الظاهر له يرفع عنه صفة الأمانة، ويوجب البينة؛ لما تقرر شرعًا من «أن الحكم ينبني على الظاهر»[٤]، ويستأنس لهذا بما رواه ابن عبد البر بإسناده عن ابن عباس - رضي الله عنهما - قال: «لما أتي يعقوب بقميص يوسف ولم ير فيه خرقًا قال: كذبتم لو أكله السبع لخرق قميصه»[٥].

٤- الإجماع: فقد حكى غير واحد الإجماع على قبول قول الأمين[٦].

---

(١) تفسير السعدي ١/١٦٤.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) رواه الدارقطني ٣/٤١ (١٦٨) من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما، وقال: عمرو (بن عبدالجبار) وعبيدة (بن حسان) ضعيفان، وإنما يروى عن شريح القاضي غير مرفوع ورواه عبدالرزاق ٨/١٧٨ (١٤٧٨٢) والبيهقي في الكبرى ٦/٩١ عن شريح القاضي، وقال: هذا هو المحفوظ.

و"المغل بضم الميم فغين معجمة قال في النهاية أي إذا لم يخن في العارية والوديعة فلا ضمان عليه، من الإغلال وهو الخيانة وقيل المغل المستغل وأراد به القابض، لأنه بالقبض يكون مستغلا والأول أول " سبل السلام ٣/٦٧.

(٤) المبسوط ١٣/١٤١.

(٥) الكافي في فقه أهل المدينة ٢/٩٢٢، والأثر رواه ابن جرير في تفسيره ١٢/١٦٤، وابن أبي حاتم في تفسيره ٥/٣٤٦-٣٤٧ (١٢٢٤٣).

(٦) انظر: تحفة الفقهاء ٢/٢٥٣، الإجماع لابن المنذر - حيث حكى الإجماع "على أن المودع إذا أحرز=

تطبيقات القاعدة :

١- لو قال صاحب المال لمن أمره ولي الأمر بجمع الزكاة: قد دفعت زكاة أموالي إلى عامل آخر، فإن كان هناك عامل آخر يُصدَّق مع اليمين مطلقًا، أتى بالإثبات أو لم يأت[١]، وإن لم يكن في تلك السنة عامل آخر لا يصدق؛ لأن الأمين إذا أخبر بما هو محتمل كان مصدقا وإذا أخبر بما هو مستنكر لم يكن مصدقًا وهذا أخبر بما هو مستنكر[٢].

٢- المعتدة إذا قالت: انقضت عدتي، في مدة تنقضي بها العدة غالبًا، فإنها تصدق؛ لأنها أمينة، والقول قول الأمين فيما لا يخالفه الظاهر بالإجماع[٣].

٣- الوصي إذا أنفق على ورثة صغار أوصي عليهم، فقال: قد أنفقت عليهم كذا مبلغًا من المال، فإن كان ذلك نفقة مثلهم في تلك المدة، أو زيادة شيء قليل، فهو مصدق فيه، وإن اتهموه فعليه اليمين؛ لأنه أمين، والقول قوله في المحتمل مع اليمين، فإن أخبر بمبلغ لا ينفق مثله في تلك المدة فإنه لا يصدق في قوله[٤].

٤- ما أنفقه الملتقط على اللقطة والضالة مما لا غنى لها عنه فهو على مستحقها والملتقط مصدق فيما ادعاه من النفقة إذا جاء بما يشبه فإن

= الوديعة ثم ذكر أنها ضاعت، أن القول قوله مع يمينه" ص ٦١ - ٦٢، موسوعة القواعدو الضوابط الفقهية ٤٠٩/١.

(١) وقيل بل يقبل قوله إذا أتى بالوثيقة من قبل العامل.

(٢) انظر: المبسوط ١٦١/٢، بدائع الصنائع ٣٦/٢ وراجع المسألة أيضًا في: روضة الطالبين ٤٧/١٢، حاشية الرملي٣٥٨/١.

(٣) انظر: تحفة الفقهاء ٢٥٣/٢، بدائع الصنائع ١٩٨/٣.

(٤) انظر: المبسوط ٢٩/٢٨، بدائع الصنائع ١٩٩/٣.

اتهم حلف، وسواء أنفق بإذن حاكم أو بغير إذنه وعلى ربها أن يؤدي إليه جميع ما أنفق[١].

٥- لو ادعى المضارب أو الشريك دفع المال وأنكر رب المال أو الشريك القبض يحلف المضارب أو الشريك الذي كان المال في يده؛ لأن المال في أيديهما أمانة والقول قول الأمين مع اليمين[٢] إلا أن يكذبه الظاهر، بحيث يدعي الرد - مثلاً - في زمن لا يكون فيه المالك موجودًا في البلد.

٦- إذا وكل شخص آخر في ذبح شاة له وتوزيع لحمها على الفقراء، ثم أخبر الوكيل أنه قد ذبح تلك الشاة وقسمها بين الفقراء، ولم يقم دليل على كذبه، كرؤية الشاة حية مثلاً، فإن قول الوكيل يجب قبوله وتصديقه[٣].

٧- الصبي إذا بلغ اثنتي عشرة سنة وادعى البلوغ ولم يكذبه الظاهر بأن كان ممن يحتلم مثله صدق في دعواه أيضًا وكان له التصرف مستقلاً بدون توقف على إذن وليه[٤].

٨- إذا ادعى الراهن أنه رهن ماله الذي بقيمة ألفي درهم مقابل دينه البالغ ألف درهم وسلمه وأثبته بالبينة وقال المرتهن: إن المال المرهون هو هذا وأحضر مالا بقيمة خمسمائة درهم - مثلاً - فإذا لم يصدق

---

(١) الكافي في فقه أهل المدينة ٨٣٨/٢ هذا قول المالكية خلافًا للحنفية الذين قالوا: إن كذبه فالقول قول اللقيط وعلى المدعي البينة لأنه يدعى لنفسه دينا في ذمته وهو ليس بأمين في ذلك وإنما يكون أمينا فيما ينفي به الضمان عن نفسه فلهذا كان عليه إثبات ما يدعيه بالبينة. انظر: المبسوط ٢١١/١٠ وهذا من تطبيقات القاعدة الملحقة بهذه القاعدة عند الحنفية.

(٢) لسان الحكام ٢٣٤/١ وانظر أيضًا: التاج المذهب ٣٤١/٣، البحر الزخار ١٧٢/٥.

(٣) انظر: موسوعة القواعد الفقهية للبورنو ٦٠١/١٠، وراجع أيضًا: الهداية ١٥٨/٢.

(٤) انظر: فتاوى الأزهر، الفتوى رقم ٦٦٧ وراجع أيضًا: الموسوعة الفقهية الكويتية ١٩٤/٨.

الراهن أن المال المرهون هو هذا المال فلا يقبل قول المرتهن هذا؛ لأنه بينما ثبت بالبينة أن المرهون بقيمة ألفي درهم فالادعاء بأن المال المرهون هو هذا الذي أحضر يكذبه الظاهر[١] فلم يكن مصدقًا.

٩- لو اختلف الوكيل ورب المال في تلف المال الذي بيد الوكيل، أو في الثمن، أو غيره قدم قول الوكيل؛ لأنه أمين[٢].

١٠- من أرسل شيئًا بيد أحد، فادعى أنه ضاع، أو تلف بغير تعدٍّ ولا تقصير منه، أو ردها إلى صاحبه، فإنه يصدق مع يمينه، إلا أن يكذبه الظاهر؛ لأن الرسول أمين والعين في يده أمانة[٣].

د. محمد خالد عبد الهادي هدايت

* * *

(١) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٢/١٨٦.

(٢) انظر: الروضة البهية ٤/٣٨٨، ٣٩٠.

(٣) انظر: تنقيح الفتاوى الحامدية ٤/٣٤٨.

رقم القاعدة: ٨٨٢

نص القاعدة: لا يُصَدَّقُ الأَمِينُ في إِيجابِ الضَّمانِ على الغَيْرِ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- إنما يقبل قول الأمين في براءة نفسه لا في إلزام غيره[٢].

٢- قول الأمين يقبل فيما يرجع إلى براءة نفسه لا في إلزام الضمان على الغير[٣].

٣- القول قول الأمين فيما ينفي به الضمان عن نفسه، لا فيما يستحق به الرجوع على الغير[٤].

٤- القول قول الأمين في براءة نفسه ولكن لا يقبل قوله فيما يدعي من وصول المال إلى غيره[٥].

٥- القول قول الأمين في نفي الضمان عن نفسه لا في إلزام غيره فيما يدعيه[٦].

---

(١) انظر: واقعات المفتين لنقيب زاده ١/١٢٥.

(٢) شرح القواعد الفقهية للزرقا ص٤٨٢، القواعد الفقهية لخالد الزرعي ص ٧٠.

(٣) الفرائد البهية في القواعد الفقهية للحمزاوي ص ٢٢٦، نظرية الضمان للزحيلي ص ٢٢٧ وفي لفظ: "يقبل قول الأمين في دفع الضمان عن نفسه ولا يقبل في إلزام الآخر إذا كان منكرًا" الهداية للمرغيناني ٤/٤٩، العناية للبابرتي ١٤/٦٢.

(٤) شرح المجلة لرستم باز ص ٨٠١.

(٥) المبسوط للسرخسي ٢٠/١٨٠، وانظر أيضًا: ٢٢/١٠٧.

(٦) حاشية ابن عابدين ٧/٣٩٧.

قواعد ذات علاقة :

قول الأمين مقبول فيما لم يكذبه الظاهر[1]. (متكاملة).

شرح القاعدة :

هذه القاعدة مكملة للقاعدة الأخرى: «قول الأمين مقبول فيما لم يكذبه الظاهر» بمعنى أنها أفادت معنى زائدًا لم تفده القاعدة الأم بصريح لفظها.

فقد أفادت تلك القاعدة أن الأمين إذا ادعى أمرًا مما يتعلق بالأمانة، كهلاكها، أو ردها على صاحبها، أو من أمر بالدفع إليه، ونحو ذلك من الأمور فإنه يُصَّدق في كل ذلك بيمينه، ولا يُكلَّف إقامة البينة، وينتفي عنه الضمان، إن لم يكذبه الظاهر، إلا أن قول الأمين إنما يقبل فيما يرجع إلى براءة نفسه من الضمان، ولا يلتفت إليه في إلزام الضمان على غيره، فلا يترتب على براءة الأمين وجوب الضمان على الغير أو سقوط حقه، فلا تأثير لبراءة الأمين على الغير إذا أنكر سبب وجوب الضمان عليه، وهذا ما أفادته هذه القاعدة، فمثلاً: إذا وكل رجل آخر بأن يستقرض له من فلان كذا، ثم تخاصما، فقال الوكيل: أخذت من المقرض وأوصلته إلى المستقرض، الذي هو الموكل، فأنكر الموكل، لا يقبل قول الوكيل؛ لأن الوكيل يريد بهذا إلزام المال على الموكل، فلا يقبل قوله في إيجاب المال عليه، بخلاف ما لو وكله بقبض دينه، ثم تنازعا في وصوله إلى الموكل، يقبل قوله بيمينه؛ لأنه أمين، والمال الذي قبضه في يده أمانة، فالقول قوله في إيصال الأمانة وعدم الضمان[2].

وبناءً على ما تقدم فإن هذه القاعدة ذات مجال محدود، والأمين فيها يكون في الغالب بمثابة الوكيل ونحوه وهي قاعدة معتبرة عند الحنفية خاصة، ولم نقف عليها عند غيرهم.

---

(١) صنوان القضاء للأشفورقاني ٢/٤٦٤، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٢) انظر: الفرائد البهية ص ٩٩.

أدلة القاعدة:

١- إن الأدلة التي تقضي بقبول قول الأمين وانتفاء الضمان عنه إنما تقتضي انتفاء الضمان عنه هو بيمينه، بناءً على أن الأصل براءة الذمة؛ ولأنه ينكر وجوب الضمان عليه، أما في إلزام الضمان على الغير فيكون كالمدعي وقد تقرر شرعًا أن البينة على من ادعى واليمين على من أنكر.

٢- ولأن إلزامه الضمان على غيره شهادة، وشهادة المرء على فعل نفسه غير مقبولة، وبخاصة في مواطن التهم[١]، وحتى لو قبلت شهادته، فإنها شهادة الواحد، وشهادة الواحد لا يكتفى بها، بل لا بد من انضمام شهادة غيره إليها، حتى يكتمل نصاب قبولها.

تطبيقات القاعدة:

١- لو أمر القاضي أمينه بدفع المال إلى آخر، فقال: قد دفعته إليه، وأنكره الآخر، يقبل قول الأمين في دفع الضمان عن نفسه ولا يقبل في إلزام الآخر إذا كان منكرا[٢].

٢- إذا أقر الوصي أن لأحد الورثة عنده من ميراثه كذا، وكذا درهما فأراد بقية الورثة أن يرجعوا على الوصي بحصتهم كما أقر لهذا لم يكن لهم ذلك ولكن ما أقر به لهذا فهو بينهم على المواريث؛ لأن الوصي أمين فيما في يده من التركة، فقوله فيما يرجع إلى براءته مقبول ولكن لا يقبل قوله في إسقاط حق الكبار عما أقر به للصغير؛ لأن ذلك جزء

---

(١) انظر: المبسوط ٧/٢٤٠، الأم ٣/١٤٢، ٦/٢١١، المهذب ٧/٢٤٠، المدونة ٤/١٩٣، الشرح الكبير للدردير ٤/١٩٣.

(٢) انظر: الهداية ٤/٤٩، تبيين الحقائق ٥/٢٧٣، العناية ١٤/٦٢، البحر الرائق ٨/١٧٦.

من التركة وهو مشترك بينهم باعتبار الأصل فلا يقبل قول الوصي في تخصيص أحدهم به[1].

٣- المودع المأمور بدفع الوديعة إذا قال: دفعتها إلى فلان فقال ما دفعتها إليَّ فالقول قول المودع في براءة نفسه من الضمان لا في إيجاب الضمان على فلان بالقبض[2]. وكذلك إذا دفع إليه دراهم وأمره أن يدفعها إلى رجل فقال قد دفعتها فالقول قوله في براءة نفسه ولا يصدق على الآخر[3].

٤- إذا أودع أحد المتفاوضين من مالهما وديعة عند رجل فادعى المستودع أنه قد ردها إليه أو إلى صاحبه فالقول قوله مع يمينه؛ لأنه مسلط على الرد على كل واحد منهما أمين فيه فإنه كما يقوم أحدهما مقام صاحبه في الإيداع فكذلك في الاسترداد فلهذا كان القول قول المودع مع يمينه فإن جحد الذي ادعى عليه ذلك لم يضمن لقوله لشريكه شيئًا؛ لأن قول المودع مقبول في براءة نفسه عن الضمان لا في وصول المال إلى من أخبر بدفعه إليه[4].

٥- لو دفع إليه مالا وقال: اقضه فلانا عن ديني، فقال الوكيل: قد قضيت صاحب الدين، فكذبه صاحب الدين، فالقول قول الوكيل في براءة نفسه عن الضمان والقول قول الطالب في أنه لم يقبضه فلا يسقط دينه عن الموكل؛ لأن الوكيل أمين فيصدق في دفع الضمان عن نفسه ولا يصدق على الغريم في إبطال حقه[5].

---

(١) انظر: المبسوط ٢٠/١٨٠.

(٢) أصول البزدوي ص٣٦٩، وانظر: فتاوى السغدي ٢/٦٠٠.

(٣) هذا عند الحنفية، وقال الإمام مالك – رحمه الله تعالى: إن لم يقم الرسول البينة أنه قد دفعها ضمن انظر: مختصر اختلاف العلماء للطحاوي ٤/٧٩.

(٤) انظر: المبسوط ١١/١٩١.

(٥) انظر: بدائع الصنائع ٦/٣٤، وانظر أيضًا: تنقيح الفتاوى الحامدية ٣/٥٣.

٦- لو اقتسم رب المال والمضارب الربح بينهما، ثم تنازعا، فقال المضارب: قد كنت دفعت إليك رأس المال قبل القسمة، وقال رب المال: لم أقبض رأس المال قبل ذلك، فالقول قول رب المال ويرد المضارب ما قبضه لنفسه، إلى أن يتم له رأس المال، فإن بقي شيء بعد ذلك مما قبضه المضارب كان بينهما نصفين، وإنما كان كذلك لأن المضارب يدعي أنه رأس المال ورب المال ينكر ذلك والمضارب وإن كان أمينا لكن القول قول الأمين في إسقاط الضمان عن نفسه لا في التسليم إلى غيره[١].

٧- لو أن وصيًّا ادعى نفقة مال الصغير عليه فيما لا يكذبه الظاهر فإنه يُصَدَّق؛ لأنه يدعي براءة ذمته، بخلاف ما لو ادعى أنه أنفق من ماله وأراد أن يرجع في مال اليتيم، فإنه لا يصدق إلا بالبينة؛ لأنه يريد بدعواه الإلزام على الغير، فلم يقبل قوله في ذلك[٢].

٨- إذا ادعى المضارب أنه أنفق في سفره من ماله ويريد الرجوع على رب المال، فإنه لا يصدق على الرجوع عليه وهو وإن كان أمينا فيما يتصرف فيه، إلا أنه إنما يكون أمينا في رفع الضمان عن نفسه لا في إيجابه على غيره[٣].

د. محمد خالد عبد الهادي هدايت

* * *

(١) انظر: بدائع الصنائع ٦/١٠٨.

(٢) انظر: الفرائد البهية ص ٢٢٦.

(٣) هذا هو مذهب الحنفية، لكن قال الإمام مالك – رحمه الله تعالى: هو مصدق يرجع بما أنفقه من مال إذا كانت نفقة مثله، وهو قياس قول الشافعي رحمه الله تعالى انظر: مختصر اختلاف العلماء للطحاوي ٤/٦٣ – ٦٤، تهذيب المدونة ٣/٢٠٦ – ٢٠٧.

رقم القاعدة: ٨٨٣

نص القاعدة: لَا ضَمَانَ عَلَى مُؤْتَمَنٍ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- الأمين لا يضمن ما لم يوجد منه تفريط أو عدوان[٢].

٢- الضمان والأمانة لا يجتمعان[٣].

٣- لا ضمان على الأمين[٤].

٤- الأمين غير ضامن[٥].

٥- لا يصح كل ما هو أمانة أن يضمن[٦].

---

(١) هي نص حديث رواه الدارقطني ٤١/٣ (١٦٧)، والبيهقي في الكبرى ٢٨٩/٦ من حديث عبدالله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما.
وانظرها في: البناية للعيني ٩٧٨/٧، التجريد القدوري ٣٦٤٢/٧، السنن الكبرى للبيهقي ٢٨٩/٦، السيل الجرار للشوكاني ٢٨٦/٣، ٣٤٢، حاشية الروض المربع لابن قاسم ٤٥٧/٥.

(٢) المغني لابن قدامة ١٦٠/٩، ووردت بلفظ "الأمناء غير ضامنين لما تلف في أيديهم بدون التعدي" في التحقيق الباهر لولي الله أفندي ٣٩٣/١.

(٣) روضة الطالبين للنووي ٦٨/٤، فتح العزيز بشرح الوجيز للرافعي ٧٣/١٠.

(٤) العناية شرح الهداية للبابرتي ٧٦/٩، كفاية الطالب الرباني شرح رسالة القيرواني لأبي الحسن المالكي ٢٧٣/٢.

(٥) تفسير القرطبي ٤١٠/٣.

(٦) الذخيرة للقرافي ٢١٧/٩.

٦- من كان أمينا بائتمان المالك أو بائتمان الشرع لا يضمن التلف[١].

٧- الأمانة لا تصير مضمونة على المؤتمن إلا بإحداثه فيها من الحدث ما يلزمه به ضمانها[٢].

قواعد ذات علاقة :

١- المفرط ضامن[٣]. (قيد).

٢- المتعدي ضامن[٤]. (قيد).

٣- على اليد ما أخذت حتى تؤديه[٥]. (أصل استثنيت منه القاعدة).

٤- ما لا يمكن الاحتراز عنه فليس بمضمون[٦]. (عموم وخصوص وجهي).

٥- لا ضمان على المبالغ في الحفظ[٧]. (متفرعة).

٦- لا ضمان على من كان أمينا على عين من الأعيان[٨]. (متفرعة).

---

(١) المنثور في القواعد للزركشي ١/٢٠٩.

(٢) اختلاف الفقهاء للطبري ١/١٩٣.

(٣) قواعد الفقه الإسلامي من خلال كتاب الإشراف للدكتور محمد الروكي ص ٢٢٩ وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٤) الذخيرة للقرافي ٨/٣١٨ وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٥) هي نص حديث رواه أبو داود ٤/٢٠٢ (٣٥٥٦)، والترمذي٣/٥٦٦ (١٢٦٦)، والنسائي في الكبرى ٥/٣٣٣ (٥٧٥١)، وابن ماجه ٢/٨٠٢ (٢٤٠٠) من حديث الحسن عن سمرة، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٦) تحفة الفقهاء للسمرقندي ٣/١٢٣ وانظر أيضًا: فتاوى قاضيخان ٢/٢٤٦، مجمع الضمانات لابن غانم البغدادي ص ٣٧٧ وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٧) نظرية الضمان للزحيلي ص ٢٢٧.

(٨) المجموع للنووي ١٤/١٧٨، وانظر أيضًا ١/٢٠٩.

٧- الأمين يضمن بترك الحفظ إذا كان بغير عذر[١]. (متفرعة).

٨- مبنى المضاربة على الأمانة[٢]. (متفرعة).

٩- اليد المؤتمنة لا تصدق في دعوى الرد لغير من ائتمنها إلا ببينة[٣]. (استثناء).

شرح القاعدة:

الضمان لغة: الاسم من قولك: ضمن الشيء ضمانا وضمنا فهو ضامن: أي كفَله، وضمنت الشيء ضمانا كفلت به، وضمَّنْتُه الشيءَ تضمينا فتضمَّنه عني مثل غرَّمته، وضمن الشيءَ: جزم بصلاحيته وخلوه مما يعيبه، والضامن: الكفيل أو الملتزم أو الغارم[٤].

وأما الضمان في اصطلاح الفقهاء فهو: «شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل»[٥] وحقيقته أنه: «تعويض المضمون له لقاء ما أصابه من اعتداء أو ضرر، سواء كان بعقد أو بغير عقد، وأن يكون التعويض بالمثل إذا كان من المثليات وهو ما يحصره كيل أو وزن، أو بالقيمة إذا كان مما لا مثل له كالعروض والحيوان، وكل ما كان غير مكيل ولا موزون»[٦].

والمؤتمَن اسم مفعول من الفعل ائتمن والذي ترجع مادته إلى الأمن الذي

---

(١) مجمع الضمانات لابن غانم ١/٧٨.

(٢) البناية شرح الهداية للعيني ٧/٧٢٤، ٧٢٥.

(٣) فتح العلي المالك لعليش ٢/٣٦٩.

(٤) انظر: القاموس المحيط للفيروزآبادي ٤/٢٤٣، تاج العروس للزبيدي ١/٨٠٩٦ - حرف الضاد)، تاج اللغة وصحاح العربية للجوهري ٦/١٥٥، لسان العرب لابن منظور ١٧/١٢٦.

(٥) الضمان في الفقه الإسلامي لعلي الخفيف ص ٨.

(٦) انظر: الإفصاح عن معاني الصحاح ٢/٢٨، نظرية الضمان الشخصي للدكتور محمد بن إبراهيم الموسى ص ٣٣.

هو ضد الخوف، والفعل منه: أمِن يأمَن أمْنا، والْمَأْمَنُ: موضع الأمن، والأَمَنَةُ من الأمن اسم موضع من أمنتُ، والأمان: إعطاء الأمنة، والأمانة: نقيض الخيانة، والمفعول: مأمون وأمين، ومؤتمن من ائتمنه[١].

والمؤتمَن والأمين في الاصطلاح: «كل من ائتمنه الإنسان على ماله ورضي ببقائه بيده على وجه الإبقاء أو الاستعمال بعوض أو غيره»[٢]، والأمانة: عبارة عما إذا وجب لغيرك عليك حق فأديت ذلك الحق إليه[٣].

القاعدة التي بين أيدينا نص حديث شريف عن النبي ﷺ، وقد استعمله الفقهاء بلفظه وبألفاظ أخرى تحمل معناه، ومعنى القاعدة إجمالا أن مَن ثبت له وصف الأمانة بحكم الشرع كالوكيل والأجير والمودَع ونحوهم - فإنه لا يضمن ما حدث منه فيما هو أمين فيه من نحو هلاك أو تلف أو نقص أو عيب وما شابه ذلك من أمور، وإن كان هو المباشر لذلك؛ إذ كونه أمينًا مانع من تضمينه، فلو أن الوديعة سُرقت من المودَع بعد أن قام بحفظها على الوجه الذي يحفظ به مثلها فإنه لا يضمنها للمودِع، ولو أن الوكيل بالبيع خسر فيما باعه لم يلزمه تعويض الخسارة لموكله، وهكذا كل مَن حكم الشرع بأن يده يد أمانة فإنه غير ضامن لما وقع من خلل فيما هو أمين فيه.

وعدم تضمين الأمين ليس على إطلاقه بل هو مقيد بعدم تعديه أو تفريطه باتفاق الفقهاء، فمهما تعدّى الأمين بأن فعل غير المأذون فيه أو فرَط في فعل ما ينبغي فعله - كان ضامنا ولم يجرِ عليه حكم القاعدة التي بين أيدينا؛ وقد نصّت بعض الصيغ الأخرى للقاعدة على هذين القيدين، ولأهميتهما فقد تناولنا كل

---

(١) معجم العين للخليل بن أحمد الفراهيدي مادة (أمن) ٨/٣٨٨- ٣٨٩.

(٢) الإرشاد إلى معرفة الأحكام: عبد الرحمن بن ناصر السعدي ص ١٤١.

(٣) تفسير الرازي ٥/٢٤٥.

واحد منهما بالشرح والتفصيل في صياغة مستقلة، كما تقيَّد القاعدة عند قوم بعدم اشتراط الضمان، والجمهور على أن اشتراط الضمان على الأمين باطل[١].

هذا وأسباب الضمان أربعة[٢]:

١- **إلزام الشارع**: كضمان الديات والأروش، وضمان ما يجب من الكفارات، والزكوات وغيرها.

٢- **التزام العاقد**: كما في البيع، والكفالة، وغير ذلك.

٣- **الإتلاف (الفعل الضار)**: وهو إخراج الشيء من أن يكون منتفعا به منفعة مطلوبة منه عادة، والإتلاف ينقسم إلى قسمين: إتلاف عن طريق المباشرة، وإتلاف عن طريق التسبب.

٤- **وضع اليد**: واليد نوعان: يد أمان، ويد ضمان.

فالأولى: كيد الوديع في الودائع، وعامل المضاربة، والمساقاة، وغيرهم، فهؤلاء لا يضمنون هلاك الشيء إلا بالتعدي.

والثانية: قد تكون بغير إذن المالك، كيد السارق والغاصب، أو بإذنه كيد البائع على المبيع قبل القبض، ومقترض الأعيان قبل قبضها، والقابض على سوم الشراء، وغيرها، وهؤلاء يضمنون الشيء مهما كان سبب التلف، والضابط في ذلك أنه: متى وضعت اليد على مال الغير بإذن من صاحبه، فإن كانت المصلحة للمالك فهي يد أمان، وإن اختصت المصلحة بواضع اليد كانت يد ضمان، وإن كانت المصلحة مشتركة كانت العبرة بأرجحها، كالعارية فإن مصلحة المستعير أرجح فكانت يده يد ضمان، كما هو قول بعض الفقهاء.

---

(١) انظر: تفصيل ذلك في قاعدة: "كل ما كان أمانة أو مضمونا لا يزول عن حكمه بالشرط".

(٢) انظر: نظرية الضمان الشخصي ص ٨٧- ١٠٨، الضمان في الفقه الإسلامي لعلي الخفيف ص ١٦.

وبناء على ذلك تكون العقود صنفين: عقود ضمان، وعقود أمانة، والذي يعنينا هنا: عقود الأمانة، وهي عبارة عن: كل عقد لا يترتب عليه ضمان بالتلف بمجرد القبض ما لم يحصل تعدٍّ أو تقصيرٌ في الحفظ من القابض، كعقد الوديعة، والوكالة، والشركة، والوصية، والهبة، وقد جاءت الشريعة بجواز هذه العقود مراعية لحاجة الناس ورفع الحرج عنهم، حتى لا تتعطل مصالحهم، فيحصل لهم الإعنات والإفساد؛ ذلك أن الناس يحتاج بعضهم إلى بعض في مثل تلك العقود، فالناس مثلاً لا يستطيعون جميعًا حفظ أموالهم بأنفسهم، فأتى الشرع بجواز عقد الوديعة إعانة لهم على حفظ أموالهم، ومثل ذلك عقد الوكالة، إذ ليس كل إنسان قادرا على مباشرة أموره بنفسه، فيحتاج إلى توكيل غيره، ليقوم بها بالنيابة عنه، وهي نوع من التعاون كذلك، ومن المعاني التي شرعت الشركة بسببها وجود بعض الناس الذين لديهم الثروة المالية، وليست عندهم القدرة على تنميتها، إلى جانب وجود طائفة أخرى لا تملك الثروة، إلا أنها تتمتع بالمهارات والخبرات اللازمة لإدارتها وتنميتها، فباجتماع ذلك عن طريق الاشتراك يتم بناء المجتمع اقتصاديا وحضاريا، وتكون الأمة قوية راسية على دعائم ثابتة وأسس متينة، وتقاس على ذلك بقية عقود الأمانة من وصايا وتبرعات، والتي مبناها على التعاون بين الناس.

والقاعدة متسقة مع هذا المقصد من وراء شرعية هذه العقود ومراعية للمحافظة على تحققه؛ إذ لو ألزمت واضع اليد الضمانَ بلا موجب معتبر من تعدٍّ أو خيانة أو تفريط، لتخلى عنها كل أحد، فتعطلت بذلك مصالح الناس.

والقاعدة استثناء من أصل وجوب الضمان على كل مَن وقع منه إتلاف أو حصل بسببه نقص وأن عليه رد الأعيان إلى أربابها من غير خلل يقع فيها وإلا كانت مضمونة عليه، على ما جاء في قوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤدِّيه»[1]، وقد تفرّع عنها العديد من الضوابط الفقهية القاضية بعدم تضمين

---

(١) سبق تخريجه.

الأمناء كلٌّ في مجال معين كالوكالة والمضاربة والوديعة واللقطة والإجارة وغير ذلك مما يصدق على كل عقد منها أنه عقد أمانة.

والقاعدة لا يعلم لها مخالف من الفقهاء ولها حضورها الواضح والكبير عند أصحاب المذاهب المتنوعة إما باستعمالها أو باستعمال صيغة من صيغها أو باستعمال قاعدة أو ضابط من تلك التي تفرعت عنها، كما نراه في أبواب كالوكالة والقرض والمضاربة والإجارة الخ، وإن كان الخلاف واقعا بينهم في بعض تلك الأبواب كما هو الشأن في الخلاف الحاصل بينهم في العارية هل هي مضمونة أم لا، لكن يقال مع ذلك بأن من قال: هي مضمونة قد أخرجها عن أن تكون من عقود الأمانات التي أتت القاعدة التي بين أيدينا لبيان حكم الضمان فيها.

أدلة القاعدة

١- القاعدة لفظ حديث نبوي، فهي حجة بنفسها.

٢- قوله ﷺ «من أودع وديعة فلا ضمان عليه»[(١)].

٣- قوله ﷺ «ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان»[(٢)].

فهذه النصوص كلها وإن كانت لا تخلو من ضعف، إلا أنها بمجموعها تدل على أن الضمان في عقود الأمانات غير معتبر - ما لم يحصل موجب للضمان من تعدٍّ أو تفريط - لأنها في حكم التبرع، والتبرع لا يوجب ضمانا

---

(١) رواه ابن ماجه في سننه ٨٠٢/٢ (٢٤٠١)،وقال في مصباح الزجاجة ٣٨/٢: هذا إسناد ضعيف لضعف المثنى وهو ابن الصباح والراوي عنه.

(٢) رواه الدارقطني ٤١/٣ (١٦٨) من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما، وقال: عمرو (هو ابن عبد الجبار) وعبيدة (هو ابن حسان) ضعيفان، وإنما يروى عن شريح القاضي غير مرفوع، ورواه عبدالرزاق ١٧٨/٨ (١٤٧٨٢) والبيهقي في الكبرى ٩١/٦ عن شريح القاضي، وقال: هذا هو المحفوظ.

على المتبرِّع للمتبرَّع عليه، فكان هلاكها في يده كهلاكها في يد أصحابها، وهو معنى قول الفقهاء رحمهم الله: يد المودَع كيد المودِع[١].

تطبيقات القاعدة :

١- إذا هلك المال في يد الشريك من غير تفريط لم يضمن مثله أو قيمته، لأنه نائب عن شريكه في الحفظ والتصرف[٢].

٢- العارية والوديعة لا يضمن فيهما المستعير والوديع[٣]، وتدخل في ذلك: الودائع التي تسلم للبنوك الملتزمة فعليا بأحكام الشريعة الإسلامية بعقد استثمار على حصة من الربح هي رأس مال المضاربة، وتنطبق عليها أحكام المضاربة (القراض) في الفقه الإسلامي التي منها عدم جواز ضمان المضارب (البنك) لرأس مال المضاربة[٤].

٣- لو استأجر شخص من آخر وسيلة نقل (دابة، أو سيارة، أو غير ذلك)، وله أخرى فلما سار بعض الطريق تعطلت وسيلته دون الوسيلة المستأجرة، فاشتغل بها، فذهبت الأخرى، فلو كان بحال لو اتبعها المستأجر تهلك وسيلته أو يفقد متاعه لم يضمن، وإلا ضمنها[٥].

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي ١١/١٠٩.

(٢) نظرية الضمان الشخصي ص ٩٨.

(٣) انظر: السيل الجرار للشوكاني ٣/٢٨٦.

(٤) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي: قرار رقم (٨٦) بشأن الودائع المصرفية (حسابات المصارف) ص ٢٩١.

(٥) انظر: مجمع الضمانات لابن غانم البغدادي ص ٧٨.

٤- الأجير الخاص[١] لا يكون ضامنا فيما يتلف بالعمل المأذون فيه[٢].

٥- لا ضمان على الراعي إلا أن يتعدى أو يفرط، لأنه أمين[٣].

٦- الوكيل ولو بجُعلٍ أمين؛ فلا يضمن ما تلف في يده بلا تعدٍ[٤].

٧- إذا وكله في إيداع ماله فأودعه وأنكر المودَع فإن الوكيل لا يضمن وإن لم يُشهد[٥].

٨- لو وضع الرهن على يدي عدل فضاع لم يضمن المرتهن ولا الموضوع على يده، لأن المرتهن لم يكن في يده شي يضمنه والموضوع على يده أمين والأمين غير ضامن[٦].

٩- العامل في مال المضاربة أمين فلا ضمان عليه فيما تلف من مال المضاربة بغير تعد ولا تفريط[٧].

١٠- الوديعة أمانة؛ فلا ضمان على المودَع فيها إلا أن يتعدى أو يفرط كما لو قصّر في حفظها[٨].

---

(١) الأجير الخاص من استحق الأجر بالوقت دون العملِ وذلك كرجل استأجر رجلا ليخدمه شهراً بخمسة دراهم أو كل شهر بخمسة دراهم أو ليقصر معه أو ليخيط معه أو ليعمل عملاً من الأعمالِ سماه كل شهر بكذا كذا أو كل يوم بكذا أو كل سنة بكذا أو كذا فَهذا هو الخاص تبيين الحقائق للزيلعي ١٣٤/٥.

(٢) المبسوط للسرخسي ١٥/١٦.

(٣) البحر الرائق لان نجيم ٣٤/٨، الذخيرة للقرافي ٥٠٧/٥، مغني المحتاج للشربيني ٥٤٢/٥، المغني لابن قدامة ٣١٦/٥.

(٤) شرح المنهج لزكريا الأنصاري ٤١٦/٣.

(٥) انظر: المغني لابن قدامة ٢٢٣/٥، كشاف القناع للبهوتي ٤٨٤/٣.

(٦) تفسير القرطبي ٤١٠/٣.

(٧) انظر: كشاف القناع ٥٢٢/٣.

(٨) انظر: كشاف القناع ١٦٧/٤.

استثناءات القاعدة :

١- إذا استسلف السلطان لحاجة المساكين زكاة قبل حلولها، فتلفت في يده، ضمنها لهم[١].

٢- مودع الغاصب ضامن[٢].

وجه استثناء هذه الصور من القاعدة أنها في معنى التعدي أو التفريط.

حسين أحمد درويش

* * *

(١) المجموع للنووي ١٤/١٩٧.

(٢) المرجع السابق.

رقم القاعدة: ٨٨٤

نص القاعدة: لَا ضَمَانَ عَلَى مُتَبَرِّعٍ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- التبرع لا يوجب ضمانا على المتبرع للمتبرع عليه[٢].

٢- التبرع ينفي وجوب الضمان على المتبرع[٣].

٣- عقد التبرع لا يكون سببا لوجوب الضمان على المتبرع للمتبرع عليه[٤].

٤- التبرع لا يوجب ضمان حق[٥].

قواعد ذات علاقة:

١- ما على المحسنين من سبيل[٦]. (أعم).

٢- لا يستحق وصف السلامة في عقود التبرع[٧]. (أصل للقاعدة).

---

(١) فتح القدير لابن الهمام ٣/٣١٣، تنقيح الفتاوى الحامدية لابن عابدين ١/٣٤٤.
(٢) المبسوط للسرخسي ١١/١٠٩.
(٣) المبسوط ٢٢/١٣٦.
(٤) المبسوط ١٧/١٧٨.
(٥) البناية للعيني ٩/١٣١.
(٦) القاعدة نص آية من [سورة التوبة: ٩١]، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.
(٧) درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١/٨٢٧.

٣- لا لزوم على المتبرع[١]. (مكملة).

٤- الأمين لا يضمن ما تلف بيده بلا تعد ولا تفريط[٢]. (عموم وخصوص وجهي).

شرح القاعدة :

المراد بالضمان في القاعدة: المسؤولية عن الشيء بتحمل تبعة هلاكه أو تعيبه أو استحقاقه.

ومعنى القاعدة : أن عقود التبرعات من الهبة والصدقة والعارية ونحوها إذا وجد فيها ما يوجب الضمان فإن المتبرَّع عليه لا يحق له الرجوع على المتبرِّع ولا مطالبته به، فمن وهب لغيره سيارة فإذا هي معيبة فلا يحق للموهوب له مطالبة الواهب بإصلاحها أو بدفع قيمة العيب؛ لأن عقود التبرعات لا يستحق فيها صفة السلامة، ولا توجب الضمان.

والمتبرِّع قد يكون مُقبضا للشيء، فيملّكه لغيره بالهبة أو الوصية، فلا يُرجع عليه بضمانه عند وجود العيب أو الاستحقاق، وقد يكون قابضا له متبرعا في حفظها ورعايتها، فتكون يده يد أمانة، وانتفاء الضمان عنه في العقود التي هو مؤتمن فيها؛ كالوديعة ونحوها مقيد بعدم التعدي وعدم التفريط، أما عند التعدي أو التفريط فإنه يضمن ما تلف تحت يده أو تعيَّب.

والضمان المنتفي عن المتبرع بحكم القاعدة أنواع وصور؛ منها:

---

(١) الهداية للمرغيناني مع العناية ١/٤٥٥، تبيين الحقائق للزيلعي ١/١٧٤ وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٢) مطالب أولي النهى للرحيباني ٣/٢٧٠ وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "لا ضمان على مؤتمن".

١- **ضمان العيب**؛ فإذا ظهر في المقبوض عيب فلا يترتب عليه ضمان، ولا يثبت به خيار؛ لأن المتبرع لم يأخذ عليه بدلا، قال الباجي: «العقود على أضرب: عقد مختص بالعوض؛ كالبيع والنكاح فهذه يثبت فيها حكم الرد بالعيب، والضرب الثاني: عقد مختص بالمكارمة ونفي العوض؛ كالهبة لغير الثواب والصدقة فهذا لا يثبت فيه حكم الرد بالعيب»[(١)]، وعن هذا قرر الفقهاء أن: «صفة السلامة عن العيب إنما تصير مستحقا في المعاوضة، دون التبرع»[(٢)]؛ لأن المعاوضات مبناها على المعادلة والمساواة، وتحقيق المساواة في مقابلة البدل بالمبدل، والسلامة بالسلامة، بخلاف التبرعات التي مبناها على الإحسان والمساهلة.

٢- **ضمان الاستحقاق**؛ فإذا استهلك الموهوب له الهبة ثم ظهر مستحَقًّا للغير، فضمنه المستهلك، فليس له الرجوع على الواهب؛ لأنه متبرع، ولا ضمان على متبرع.

٣- **ضمان الغرور**؛ فلو غر أحد في عقد الهبة أو الصدقة وما شابه ذلك من عقود التبرع فلا يضمن المتبرِّع ضرره ؛ لأن «**الغرور** لا يثبت الرجوع في عقود التبرعات»[(٣)].

وبين هذه الأنواع تداخل، فضمان الغرور قد يكون بسبب الاستحقاق، وقد يكون بغيره.

وهذه القاعدة لها علاقة العموم والخصوص الوجهي مع قاعدة: «لا ضمان على مؤتمن»[(٤)]. التي تشمل التبرعات والمعاوضات التي يكون يد

---

(١) المنتقى للباجي ٤/١٨٨.

(٢) المبسوط للسرخسي ١١/١٠٩.

(٣) رد المحتار لابن عابدين ٥/١٤٥.

(٤) تبيين الحقائق للزيلعي ٥/٧٧، وهو نص حديث شريف.

القابض فيها يد أمانة؛ كالقراض والإجارة، فلا يضمن العامل في القراض ولا الأجير شيئًا تلف تحت يده إلا إذا حصل منه تعد أو تفريط؛ لأنه مؤتمن، وأما قاعدتنا فهي أعم من ناحية أن بعض التبرعات لا تعد أمانة بل تكون تمليكًا؛ كالهبة.

أدلة القاعدة:

قاعدة: «ما على المحسنين من سبيل»، إذ المتبرع محسن بفعله، و«كل من كان محسنا في شيء فلا سبيل عليه فيه»[1]، ولا يلحقه ضمان.

تطبيقات القاعدة:

١- إذا وكل رجل غيره في بيع ثمرة أو قبض دين فتأخر في ذلك حتى تلفت الثمرة، واستخبأ المدين فلا ضمان عليه في شيء من ذلك؛ لأنه متبرع في ذلك، ولا ضمان على المتبرع[2].

٢- إذا هلكت الوديعة في يد الوديع بلا تعد منه أو تقصير في الحفظ، فلا يلزمه الضمان؛ لأن المودَع متبرع، ولا ضمان على المتبرع[3].

٣- لو رأى مال غيره يغرق أو يحرق فأخذه حِسبة ليرده فتلف قبل إمكان الرد، أو استنقذ شاة من الذئب ليردها على مالكها فماتت قبل إمكان الرد لم يضمن على الصحيح[4]؛ لأنه متبرع، ولا ضمان على المتبرع.

---

(١) أحكام القرآن للجصاص ٣/٢١١.

(٢) انظر: تنقيح الفتاوى الحامدية لابن عابدين ١/٣٤٣-٣٤٤.

(٣) انظر: المبسوط للسرخسي ١١/١٠٩، تبيين الحقائق ٥/٧٦-٧٧، شرح الزركشي على مختصر الخرقي ٤/٥٧٦، المحلى ٧/١٣٧.

(٤) انظر: حاشية الرملي على أسنى المطالب ٢/٣٣٦.

٤- إذا أوصى بعين لأحد فهلكت بطلت الوصية، ولا يستحق الموصى له بدله[١]؛ لأنه متبرع، ولا ضمان على متبرع.

٥- الأوصياء على أموال اليتامى لا ضمان عليهم في هلاك المال تحت أيديهم من دون تعد أو تقصير[٢].

٦- الملتقط إذا أخذ اللقطة ليحفظها لصاحبها، وأشهد على ذلك، فهي أمانة في يده، فإن تلفت عنده أو ضاعت دون تعد أو تفريط فلا شيء عليه[٣]؛ لأنه متبرع في حفظها، فلا يضمن.

محمد عمر شفيق الندوي

* * *

---

(١) انظر: الإنصاف للمرداوي ٢٦٩/٧.

(٢) انظر: الفروق للقرافي ٢٠٨/٢.

(٣) انظر: فتح القدير لابن الهمام ١١٨/٦- ١١٩، الفتاوى الهندية ٢٩١/٢.

رقم القاعدة: ٨٨٥

نص القاعدة: كُلُّ مَا لَمْ يَكُن مَالا مَضْمُونًا فِي حَقِّ الْمُسْلِمِ لَمْ يَكُنْ مَالا مَضْمُونًا فِي حَقِّ الكَافِرِ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

كل عين لم يضمنها المسلم بإتلافها للمسلم لم يضمنها بإتلافها على الكافر[٢].

قواعد ذات علاقة:

١- ما كان متمولا عند مالكه ضمن بالإتلاف[٣]. (مخالفة).

٢- كل عين لم يصح أن تشغل ذمة المسلم بثمنها لم يصح أن تشغل ذمة المسلم بقيمتها[٤]. (تلازم).

---

(١) الحاوي للماوردي ٧/٢٢٢ المجموع للنووي ١٤/٢٨٣.

(٢) الحاوي الكبير للماوردي ٧/٢٢٢.

(٣) الحاوي الكبير للماوردي ٧/٢٢٢، والقاعدة لا تعبر عن رأي الماوردي وإنما ساقها في معرض الاستدلال لمذهب مخالفيه توطئة للرد عليهم.

(٤) الحاوي الكبير للماوردي ٧/٢٢٢.

شرح القاعدة:

قد تعترف الشريعة للكافر بتملك ما لا يصلح إلا له لانعدام قيمته الشرعية كمحرَّم الأكل أو الشرب أو الاقتناء.

ومعنى القاعدة التي بين أيدينا أن مثل هذه الأشياء لا تكون مضمونة للكافر إذا وقع من المسلم موجب لضمانها كإتلافها عليه مثلاً فالمسلم لا يكون ضامنا للكافر إلا ما لو أتلفه على مسلم ضمنه له، كما تصرح به الصيغة الأخرى للقاعدة: «كل عين لم يضمنها المسلم بإتلافها للمسلم لم يضمتها بإتلافها على الكافر» أي أنه يشترط في المضمون في حق المسلم أن يكون صالحًا لأن يدخل في ملكه بأن تكون له قيمة شرعية وهذه القاعدة ليست محل اتفاق حيث تجاذبها أصلان متعارضان:

فالقائلون بها وهم الشافعية والحنابلة والظاهرية[1]، يحتجون بما يلزم من تضمين المسلم ما لا يجوز له اقتناؤه، من تعمير ذمته بما لا يجوز له تملكه، وهو ما يتعارض مع قاعدة: «كل عين لم يصح أن تشغل ذمة المسلم بثمنها لم يصح أن تشغل ذمة المسلم بقيمتها»، ثم إن في عدم تضمينه ما لو فرض إتلافه عليه لم يضمن الـمُتلِف شيئا، وجها من العدل والإنصاف كما احتجوا لها كذلك بأدلة نقلية يأتي ذكرها في محله من هذه الصياغة.

أما المخالفون في القاعدة وهم الحنفية والمالكية فيرون أنها تتعارض مع ما منحته الشريعة السمحة من حصانة لمال الكافر غير المحارب تقتضي ضمان ما أتلف منه عدوانًا كسائر الأموال المعصومة فهؤلاء نظروا إلى حال المال المضمون بالنسبة لمالكه لا بالنسبة لمتلفه فحيث أجيز للكافر تملكه ناسب ذلك تضمين من أتلفه عليه عملا بمقتضى قاعدة: «ما كان متمولا عند مالكه ضمن بالإتلاف»[2] ولأن ما استباحوه شرعًا ضمناه لهم وإن مُنِعنا منه.

---

(١) يقول ابن حزم: «من أتلف مالا لا يحل تملكه فقد أحسن ولا شيء عليه» المحلى لابن حزم٨/١٤٨.
(٢) الحاوي الكبير للماوردي ٧/٢٢٢.

والذي يظهر أن حجج القائلين بالقاعدة أقوى من جهة النظر والنقل كما سيتضح من جوابهم على ما أورده عليه خصومهم من أدلة نقلية في محله من هذه الصياغة؛ علما بأن كل من خالف فيها موافق للقائلين بها في أمرين:

١- عدم تضمين المسلم ما أفسده على الكافر من محرم عند إظهاره له في أمصار المسلمين لا في القرى التي في أيديهم[١]؛ لأن عقد المعاهدة لهم شرطه عدم إظهار ذلك[٢].

٢- وكون متلفها عاص بإتلافها عليهم إذا هم لم يظهروها[٣]، والقاعدة جارية في أبواب الضمان من المعاملات.

أدلة القاعدة:

أولاً: أدلة القائلين بالقاعدة:

١- استدل الإمام الشافعي لهذه القاعدة بقوله تعالى: ﴿وَأَنِ ٱحۡكُم بَيۡنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ﴾ [المائدة: ٤٩] قال مبينًا وجه ذلك في صورة جواب سؤال افترض إيراده من المخالف فيها: «فلمَ لَمْ تحكم لهم بقيمته (يعني ما لم يكن مضمونا في حق المسلم) على من استهلكه؟ قلت: أمرنى الله عز وجل أن أحكم بينهم بما أنزل الله، ولم يكن فيما أنزل الله تبارك وتعالى ولا ما دل عليه رسول الله ﷺ المنزل عليه المبين عن الله عز وجل ولا فيما بين المسلمين أن يكون للمحرم ثمن، فمن حكم لهم بثمن محرم حكم بخلاف حكم الاسلام ولم يأذن الله تعالى لأحد أن يحكم بخلاف حكم الإسلام، وأنا مسؤول عما حكمت به ولست

(١) مختصر اختلاف العلماء للجصاص ٢/٤٩٧.
(٢) شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ١١/١٣٥ شرائع الإسلام للحلي ٤/٢٦٩، بلغة السالك حاشية الصاوي على الشرح الصغير للدردير ٢/٢٠٣.
(٣) انظر: مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٤/٢٥٣.

مسؤولا عما عملوا مما حرم عليهم مما لم أكلف منعه منهم»[١].

٢- حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما: أنه سمع رسول الله ﷺ يقول وهو بمكة عام الفتح: «إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام»، قيل: يا رسول الله، أرأيت شحوم الميتة فإنها يطلى بها السفن ويدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس، فقال: «لا، هو حرامٌ» ثم قال رسول الله عند ذلك: «قاتل الله اليهود، إن الله لما حرم شحومها جملوه ثم باعوه ثم أكلوا ثمنه»[٢] فدل تحريمه لبيعه على تحريم ثمنه وقيمته ولأن المرجع في كون الشيء مالا إلى صنعته لا إلى صفة مالكه لأن صفات الشيء قد تختلف فيختلف حكمه في كونه مالاً ويختلف مالكوه فلا يختلف حكمه في كونه مالا كالحيوان هو مال لمسلم وكافر ثم لو مات خرج من أن يكون مالا لمسلم أو كافر ثم لو دبغ جلده صار مالاً لمسلم وكافر فلما لم يكن الخمر والخنزير مالا لكافر أو مسلم بحال لحرمة الانتفاع فأحرى أن يحرما عوضًا من كافر على مسلم[٣].

ثانيًا: أدلة المخالفين في القاعدة:

استدل المخالفون في القاعدة من جهة النقل بما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه كتب إلى أبي موسى الأشعري وقيل إلى سمرة بن جندبٍ في خمور أهل الذمة أن لهم بيعها وخذ العشر من أثمانها[٤]، والدليل فيه من وجهين:

أحدهما: أنه جعل لها أثمانًا والعقدَ عليها صحيحًا.

---

(١) الأم للشافعي ٤/٢٠٨.

(٢) رواه البخاري ٣/٨٤ (٢٢٣٦)، ومسلم ٣/١٢٠٧(١٥٨١).

(٣) انظر: الحاوي الكبير للماوردي ٧/٢٢٢.

(٤) رواه عبد الرزاق في مصنفه ٦/٢٣ (٩٨٨٦)، ٨/١٩٥ (١٤٨٥٣)، ١٠/٣٦٩ (١٩٣٩٦) بنحوه.

والثاني: أخذ العشر منها ولو حَرُمت أثمانها لحرم عشرها[١].

تنبيه: أجاب القائلون بالقاعدة عن هذا الحديث على لسان الماوردي من وجهين بما نصه:

«**أحدهما**: أن معناه أن ولهم ما تولوه من بيعها ولا تعترض عليهم فيما استباحوه منها وخذ العشر من أثمانها أي من أموالهم وإن خالطت أثمانها بدليل ما أجمعنا عليه (أي مع المخالفين) من بطلان ثمنها.

والثاني: أنه محمول على العصير الذي يصير خمرًا لإجماعنا وإياهم على تحريم بيعها خمرًا وإباحته عصيرًا وأما قياسهم على سائر أموالهم بعلة أنه متمول في عرفهم فمنتقض بالعبد المرتد وبما ذكره الشافعي رضي الله عنه من موقوذة المجوسي إن سلموه»[٢].

تطبيقات القاعدة:

١- إذا قتل المسلم كلبا غير مأذون فيه لكافر لم يضمنه[٣] لأنه لو قتله لمسلم لم يضمنه وكل ما لم يكن مالا مضمونا في حق المسلم لم يكن مالا مضمونا في حق الكافر وقال المخالفون في القاعدة عليه غرم قيمته[٤].

٢- يعزر المسلم إن هجم على منازل الكفار المعاهدين أو بيعهم، ولكنه لا شيء عليه إذا أراق لهم خمرًا[٥]؛ لأنه لو أراقه لمسلم لم يضمنه، وكل ما لم يكن مالا مضمونا في حق المسلم لم يكن مالا مضمونا في حق الكافر، وقال أبو حنيفة ومالك: يضمن[٦].

---

(١) انظر: لبيان وجه هذا الاستدلال والجواب عنه: الحاوي الكبير للماوردي ٧/٢٢٣.
(٢) الحاوي الكبير للماوردي ٧/٢٢٣.
(٣) انظر: المحرر في الفقه لابن تيمية ١/٣٦٣.
(٤) انظر: مختصر اختلاف العلماء للطحاوي ٣/٩٤.
(٥) انظر: الحاوي للماوردي ٨/٥٢٥ خلافا للزيدية والإمامية، انظر: التاج المذهب لأحكام المذهب للعنسي ٤/٣٦٨، شرائع الإسلام للحلي ٤/٢٦٩.
(٦) التحقيق في أحاديث الخلاف لابن الجوزي ٢/٢٠٦.

٣- لا شيء على المسلم للكافر إذا قتل له خنزيراً[١] لأن الخنزير ليس مالا مضمونا في حق المسلم وكل ما لم يكن مالا مضمونا في حق المسلم لم يكن مالا مضمونا في حق الكافر وقال أبو حنيفة ومالك يضمن[٢].

٤- إذا كسر المسلم صليبا لكافر لم يضمنه[٣]، لأن الصليب غير مضمون في حق المسلم وكل ما لم يكن مالا مضمونا في حق المسلم لم يكن مالا مضمونا في حق الكافر وقال الحنفية: يضمنه[٤].

٥- إذا أتلف المسلم آلة لهو لكافر لم يضمنها[٥]؛ لأنها ليست مالا مضمونا في حق المسلم وكل ما لم يكن مالا مضمونا في حق المسلم لم يكن مالا مضمونا في حق الكافر والفتوى عند الحنفية بلزوم الضمان على قول صاحبي أبي حنيفة[٦].

٦- لو اشترى كافر غنمًا بألف ثم وقذها[٧] كلها ليبيعها فحرقها مسلمٌ لم يضمنها[٨]؛ لأن الميتة لا تضمن في حق المسلم لامتناع تملكه لها، وكل ما لم يكن مالا مضمونا في حق المسلم لم يكن مالا مضمونا في حق الكافر.

بدي أحمد سالم

* * *

---

(١) انظر: المحرر في الفقه لابن تيمية ١/٣٦٣.

(٢) انظر: اختلاف الأئمة العلماء للوزير أبي المظفر ٢/١٩.

(٣) انظر: المحرر في الفقه لابن تيمية ١/٣٦٣ وقال الشافعي: "إن كان يصلح لشيء من المنافع مفصلاً فعليه ما بين قيمته مفصلاً ومكسوراً وإلا فلا شيء عليه"، الحاوي للماوردي ٧/٢٢٠.

(٤) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٧/١٤٨.

(٥) انظر: المحرر في الفقه لابن تيمية ١/٣٦٣.

(٦) البحر الرائق لابن نجيم ٦/٧٨.

(٧) وقذه يقذه وقذا: ضربه حتى استرخى وأشرف على الموت وشاة موقوذة: قتلت بالخشب، لسان العرب لابن منظور ٣/٥١٩.

(٨) انظر: الأم للشافعي ٧/٣٣.

رقم القاعدة: ٨٨٦

نص القاعدة: مَا ضُمِنَتْ جُمْلَتُهُ ضُمِنَتْ أَبْعَاضُهُ[١].

صيغ أخرى للقاعدة :

١- من ضمن الجملة ضمن الأبعاض[٢].

٢- ما ضمن جملته ضمنت أجزاؤه[٣].

٣- ما ضمن جميعه عند التلف ضمن بعضه عند النقص[٤].

٤- ما ضمن كله ضمن جزؤه بالأرش[٥].

٥- العين والأجزاء تتساوى في الضمان[٦].

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٣٨٧، البيان للعمراني ٤/٢١٠، الشرح الكبير لابن قدامة شمس الدين ٣/٢٦٤، شرح مختصر الخرقي للزركشي ١/٥٦٩.

(٢) المنتقى شرح الموطأ للباجي ٦/١٩٠.

(٣) المغني لابن قدامة ٧/٣٤٣، ٥/١٢٩، المبدع لابن مفلح ٥/١٤٥، ٧/٣٢٧.

(٤) نهاية المحتاج للرملي ٥/٤٤٤، وبلفظ: ما ضمن كله ضمن بعضه، مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٢/١٦٠، نهاية المحتاج للرملي ٤/٣٤٣، وبلفظ: ما ضمن كله بالتلف ضمن بعضه عند النقص، مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٢/٤١٦، وبلفظ: ما ضمن كله عند التلف يضمن بعضه عند النقص، تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ٦/٣٣٩.

(٥) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٦٢.

(٦) التجريد للقدوري ٧/٣٢٧٤.

قواعد ذات علاقة :

١- البعض معتبر بالكل[١]. (أعم).

٢- الضمان بقدر التالف[٢]. (مكملة).

٣- ما لا يضمن بالقيمة إذا أتلف لا يضمن الجزء منه إذا أتلف[٣]. (مقيدة).

٤- إذا استهلك بعض المثلي عند المودع ثم هلكت بقيته لم يضمن إلا ما استهلك أولاً[٤] (متفرعة).

٥- الغاصب يضمن ما فوت من الملك بعضه أو كله[٥]. (متفرعة).

٦- ما لا يثبت به ضمان أجزاء المتلف لا يثبت به ضمان جملة المتلف[٦]. (تقابل).

شرح القاعدة :

معنى هذه القاعدة أنه إذا ثبت الضمان لشيء، فإن أجزاءه تكون مضمونة كذلك، فيلزم الضامن الأرش في كل جزء أتلفه منها، كما تصرح به صيغتها الأخرى: «ما ضمن كله ضمن جزؤه بالأرش».

---

(١) شرح كتاب السير الكبير للسرخسي٥/١٨١٤، تبيين الحقائق للزيلعي ٤/٣١١.

(٢) فتح الباري لابن حجر العسقلاني ٤/٣٦٦، نيل الأوطار للشوكاني ٥/٣٣٢، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٣) المنثور للزركشي ٢/٣٤٥.

(٤) الذخيرة للقرافي ٩/١٧٠.

(٥) التجريد للقدوري ٥/٢٤٦٤، وانظره في قسم الضوابط الفقهية بلفظ: "كل ما حدث في يد الغاصب مما ينتقص القيمة كان مضمونًا عليه".

(٦) التجريد للقدوري ١١/٥٧٨٥.

وهذه القاعدة داخلة في جزئيات قاعدة: «البعض معتبر بالكل»[١]، ومكملة لقاعدة: «الضمان بقدر التالف»، حيث تقرر القاعدة التي بين أيدينا أن ما ضمن كله بكل البدل تضمن أجزاؤه تبعا لذلك، وتحدد تلك كيفية تعويض الأجراء المضمونة.

وقد وردت هذه القاعدة عند مختلف المذاهب الفقهية بصيغ تومئ بإطلاق جريانها سواء أكان الضمان بالقيمة أو بالمثل، فالصيغة المختارة لها متداولة في كتب أئمة الحنابلة، وعبر عنها المالكية على لسان الباجي بلفظ: «من ضمن الجملة ضمن الأبعاض»[٢]، والحنفية بصيغة: «العين والأجزاء تتساوى في الضمان»[٣]، والشافعية بقول الخطيب الشربيني وغيره: «ما ضمن كله ضمن بعضه»[٤] ومع ذلك فإن بعض علماء الشافعية لم يصرحوا باطرادها إلا فيما كان الضمان فيه بالقيمة كما تقرره الصيغة الأخرى للقاعدة: «ما ضمن كله بالقيمة عند التلف ضمن بعضه ببعضها»، بل ذهب الإمام الجويني إلى أبعد من ذلك وجاء بصيغة ناطقة بمفهومها حاصرة جريانها في المضمون بالقيمة: «كل ما لا يضمن بالقيمة إذا أتلف لا يضمن الجزء إذا أتلف»[٥].

وهذا الرأي وإن كان الزركشي نقله عن الجويني بما يفيد تضعيفه حيث قال قبل إيراد نص القاعدة: «زعم الإمام انعكاس هذه القاعدة»، فإنه قد يكون مراد الجويني به إنما هو الإشارة إلى ما صرح به غيره من أن «العقد يوجب ضمان الجملة ولا يوجب ضمان الأجزاء على الانفراد»[٦]، فالمضمون بالثمن -

---

(١) شرح كتاب السير الكبير للسرخسي ١٨١٤/٥، تبيين الحقائق للزيلعي ٣١١/٤.
(٢) المنتقى للباجي ١٩٠/٦.
(٣) التجريد للقدوري ٣٢٧٤/٧.
(٤) مغني المحتاج للخطيب الشربيني ١٦٠/٢، نهاية المحتاج للرملي ٣٤٣/٤.
(٥) المنثور للزركشي ٣٤٥/٢ (نقلا عن الجويني).
(٦) الشرح الكبير (فتح العزيز شرح الوجيز) للرافعي ٣٤٣/١١.

عندهم - لا يضمن نقص أجزائه؛ يقول الماوردي مؤكدا ذلك: «ومن ضمن الشيء بثمنه لم يضمن أرش نقصه عند استحقاق العين من يده كالبائع لما ضمن المبيع للمشتري بثمنه دون قيمته لم يضمن أرش ما حدث من نقصه في يده وكان ذلك مخالفا للغاصب»[١] ثم إن الشيرازي أورد صيغة تصرح بجريان القاعدة عند الشافعية في المثليات، هي قوله: «ما ضمن كله بالمثل ضمن بعضه بالمثل»[٢].

ولا يخفى أن إعمال هذه القاعدة متأثر بمستثنيات شقي قاعدة: «المثلي مضمون بمثله، والمتقوم بالقيمة»[٣]؛ فما استثني من المثلي فضمن بالقيمة يكون فيه ضمان الفائت من الأجزاء بالقيمة، وما استثني من المتقوم يكون فيه ضمان الأجزاء بالمثل.

فالقاعدة إذن محل اتفاق في الجملة، إلا أن الفقهاء قد يختلفون في بعض الأمور هل تعتبر أجزاء من المضمون أم لا؟ مثل اختلافهم في لبن صيد الحرم؛ فإنه لا يجوز للمحرم أن يحلبه عند المالكية ولكنه لا ضمان عليه إن حلبه، واستدلوا لذلك بأنه ليس من أجزاء الصيد[٤]، أما على المشهور عند الحنابلة[٥] والشافعية[٦] والحنفية فيضمنه آخذه قياسا على البيض باعتباره جزءا من الصيد مضمونا بضمانه[٧].

---

(١) الحاوي الكبير للماوردي ٦/٢٧٧.

(٢) المهذب للشيرازي ١/٢١٦.

(٣) أشباه السبكي ١/٣٠٣.

(٤) انظر: الذخيرة للقرافي ٣/٣١٧.

(٥) انظر: شرح العمدة لابن تيمية ٣/٣١٤.

(٦) انظر: المجموع للنووي ٧/٣٦٦.

(٧) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر لشيخي زاده ١/٤٤٢.

علما بأن الشافعية ذكروا فروعا ستة اعتبروها مستثناة من القاعدة مع أن في بعضها قولا جاريا عليها[(١)].

ومجال تطبيقات هذه القاعدة يشمل العبادات والمعاملات.

أدلة القاعدة :

قاعدة: «البعض معتبر بالكل»[(٢)] وأدلتها.

تطبيقات القاعدة :

١- إذا جاء صاحب اللقطة وقد نقصت بعيب أو نحوه حدث بعد تملك الملتقط لها فلمالكها أخذها مع الأرش لأن الكل مضمون فكذا البعض والأصل المقرر أن ما ضمن كله بالتلف ضمن بعضه عند النقص[(٣)].

٢- إذا كان المبيع بعد التحالف قائما لكنه معيب، فإنه يرد مع الأرش وهو القدر الناقص من القيمة لأن الكل مضمون على البائع بالثمن فكذلك البعض[(٤)].

٣- إذا انتفع المستعير بالعارية وتلف شيء من أجزائها التي لا تذهب بالاستعمال ضمنه لأن ما ضمنت جملته ضمنت أجزاؤه[(٥)].

---

(١) وما لم يحكوا فيه خلافا داخل مذهبهم هو:
إذا رجع البائع في المبيع عند إفلاس المشتري، ووجده ناقصًا بآفة سماوية.
لو طلق قبل الدخول والصداق تالفٌ فله بدله فلو كان معيبًا فلا أرشَ له إن رَجع في نصفه
القرض إذا تعيب في يد المقترض ثم رجع المقرض فإنه يتخير إن شاء رجع فيه ناقصًا، وإن شاء رجع بمثله إن كان مثليا. انظر: المنثور للزركشي ٢/٣٤٤.

(٢) شرح كتاب السير الكبير للسرخسي٥/١٨١٤، تبيين الحقائق للزيلعي ٤/٣١١.

(٣) انظر: مغني المحتاج للشربيني ٢/٤١٦.

(٤) انظر: المغني لابن قدامة ٤/١٥٨، الفوائد المبنية للشعراني ١/٣٠٧/أ.

(٥) انظر: المبدع لابن مفلح ٥/١٤٥.

٤- إذا ثبت لرب المال المزكى الرجوع فيما دفع، فإن كانت العين المدفوعة باقية بحالها رجع فيها وإن كانت ناقصة رجع فيها وهل يضمن المساكين ما نقص من قيمتها؟ فيه وجهان أحدهما: لا يضمنون، والثاني: يضمنون إذ من ضمن القيمة عند التلف ضمن النقص[١]؛ لأن ما ضمنت جملته ضمنت أبعاضه.

٥- إذا ذهب بعض كلام المعتدى عليه بجناية وجب من الدية بقدره؛ لأن ما ضمن جميعه بالدية ضمن بعضه ببعضها[٢].

٦- إذا جرح المحرم صيدا من النعم له مثل فنقص عشر قيمته فالمنصوص أنه يجب عليه عشر ثمن المثل وقال بعض الفقهاء يجب عليه ذلك إذا لم يجد عشر المثل لأن ما ضمن كله بالمثل ضمن بعضه بالمثل[٣].

٧- إذا تعدى المودع في الوديعة أو أضاعها فتلفت لزمه ضمانها ، ولو تعدى على بعضها دون بعض لزمه ضمان ذلك البعض الذي تعدى فيه فقط؛ لأنه في الإضاعة أيضًا متعد لما أمر به[٤]، وما ضمنت جملته ضمنت أبعاضه.

٨- من قبض عينا على الضمان كان له نماؤها وعليه نقصها، وذلك يشتمل على تغيير البدن والقيمة لأن من ضمن الجملة ضمن الأبعاض

---

(١) انظر: البيان للعمراني ٣/٣٨٣.

(٢) انظر: المهذب للشيرازي ١/٢٠٣، وعبارة أطفيش: "ولزوم ضمان البعض إذا هلك بعض الإنسان كلزوم ضمان الكل إذا هلك"، شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ٥/١٠٦.

(٣) انظر: المهذب للشيرازي ١/٢١٦، المبدع لابن مفلح ٣/١٩٨.

(٤) انظر: المحلى لابن حزم ٨/٢٧٧.

ومن ضمن الجملة والأبعاض كان له النماء بالضمان[١].

٩- إذا تعيب المغصوب ولم تذهب عينه ضمن الغاصب أرشه لأنه عوض عن أجزاء ناقصة ، أو أوصاف وكلاهما مضمون[٢]، لأن ما ضمنت جملته ضمنت أبعاضه.

بدي أحمد سالم

* * *

(١) انظر: منتقى الباجي ٦/ ١٩٠.

(٢) انظر: البحر الزخار لأحمد بن المرتضى ٥/١٨٠، الروضة البهية للعاملي كتاب الغصب: ضمان أرش المغصوب.



رقم القاعدة: ٨٨٧

نص القاعدة: الـمَضْمُونَاتُ هَلْ تُمْلَكُ بِأَدَاءِ الضَّمَانِ أَمْ لَا؟[١].

صيغ أخرى للقاعدة :

الملك هل يضاف للضمان وسببه معًا؟[٢].

صيغ أخرى للشطر القاعدة الأول :

١- الضمان سبب لإيجاب الملك[٣].

٢- المضمون يملكه الضامن[٤].

---

(١) تحفة الفقهاء لعلاء الدين السمرقندي ٣/٩٦.

(٢) تهذيب الفروق لمحمد المالكي ٤/٦٠.

(٣) أحكام القرآن للجصاص ٤/٨٤، وبلفظ: "الضمان يصير المضمون ملك الضامن" في الذخيرة للقرافي ٨/٢٩٦، وبلفظ: " الضمان سبب التمليك "في الذخيرة للقرافي ٩/٩، التجريد للقدوري ٧/٣٣٧٣، وبلفظ: " وجوب الضمان يوجب الملك" في النوازل الجديدة الكبرى للوزاني ٢/٨٧، ٨٨.

(٤) تبيين الحقائق للزيلعي ٥/٢٠٨، وبلفظ: "الضامن متى أدى الضمان ملك المضمون" في تكملة البحر للطوري ٨/٥٣٤، وبلفظ: " إسناد الملك إلى وقت الضمان لا غير "فـي البنـاية للعيني ١٠/٥٥، وبلفظ: "المضمونات تملك بأداء الضمان مستندا إلى وقت القبض" في الاختيار للموصلي ٢/١٠٦، وبلفظ: "المضمونات تملك بأداء الضمان" في التحقيق الباهر لهبة الله أفندي ١/٤٩٩، الاختيار للموصلي ٢/٣٤٤-٣/٦١، وبلفظ: "المضمون يصير ملكا للضامن من وقت سبب الضمان" في البناية للعيني ١٠/٥٤.

٣- بالضمان يملك المضمون[١].

٤- الملك في المضمون يثبت لمن كان قرار الضمان عليه[٢].

صيغ أخرى للشطر القاعدة الثاني :

١- الضمان لا يوجب الملك[٣].

٢- ضمان اليد في مقابلة فوات يد المالك والملك باق[٤].

٣- الضمان في الأموال هو في مقابلة فوات اليد والملك بحاله[٥].

قواعد ذات علاقة :

١- السبب المحرم لا يفيد الملك[٦]. (مقيدة لشطر القاعدة الأول).

٢- كل قبض أوجب ضمان القيمة لم يحصل به الملك[٧]. (أخص من شطر القاعدة الثاني).

٣- لا يملك الغاصب بالضمان الزيادة المنفصلة بخلاف المتصلة[٨]. (مقيدة لشطر القاعدة الأول).

---

(١) المبسوط للسرخسي ١٦٠/٣٠، وبلفظ: "الضمان سبب لملك المضمون" في بدائع الصنائع للكاساني ٣٣٥/٢، وبلفظ: "التضمين يقتضي تملك المضمون" في بدائع الصنائع للكاساني ١٣٩/٤، وبلفظ: "الغاصب إنما يملك المغصوب عند اختيار الضمان" في بدائع الصنائع للكاساني ١٤٠/٤، وبلفظ: "الضمان يثبت الملك في المضمون" في التجريد للقدوري ٦٠١٨/١١.

(٢) الذخيرة البرهانية لابن مازه ٣٤/٨، وبلفظ: "الملك في المضمون يثبت لمن يتقرر عليه الضمان" في درر الحكام لعلي حيدر ٦٠/٢.

(٣) الذخيرة للقرافي ١٥/٩.

(٤) المنثور للزركشي ٣٢٥/٢.

(٥) مختصر قواعد العلائي لابن خطيب الدهشة ٣٦٣/١.

(٦) كشاف القناع للبهوتي ٢١٣/٤، وبلفظ: "الضمان الذي سببه عدوان لا يوجب ملكا" في الذخيرة للقرافي ٢٩٣/٨.

(٧) الحاوي للماوردي ٣١٦/٦.

(٨) شرح المجلة لسليم رستم باز ص٤٩١.

٤- الغصب يوجب الملك في المضمون عند أداء الضمان[١]. (متفرعة عن شطر القاعدة الأول).

٥- ضمان الغصب يوجب الملك دون ضمان الجناية[٢]. (متفرعة عن شطر القاعدة الأول).

٦- ضمان التملك لا يستدعي صنعًا[٣]. (مبينة لشطر القاعدة الأول).

٧- لا يتملك أحد مال الغير بغير رضاه إلا بالضمان[٤]. (مبينة لشطر القاعدة الأول).

٨- سبب الإتلاف متى سبق ملك المالك لا يوجب الضمان له على المتلف[٥]. (مبينة).

شرح القاعدة :

معنى هذه القاعدة أن ما ضمِنه شخص بموجِب من موجِبات الضمان وتعيّن عليه غرم مثله أو قيمته بأن فات المضمون أو تعيب - هل يدخل مقابل هذا الضمان في ملكه أم أنه يبقى على ملك صاحبه؟ فإذا غصب شخص من آخر عينًا مثلاً ثم ضاعت من الغاصب وغرم مثلها أو قيمتها لصاحبها ثم وجدها بعد ذلك - فهل تكون بالضمان السابق قد زالت عن ملك صاحبها ودخلت في ملك

---

(١) المبسوط للسرخسي ٥/٧٥، وبلفظ: "الغصب سبب موجب للملك عند تقرر الضمان" في أصول السرخسي ١/٩٣، وبلفظ: "الغصب لا يكون موجبا للملك عند تقرر الضمان"، أصول السرخسي ١/٨٣.

(٢) لسان الحكام لابن الشحنة ١/١٣٥.

(٣) مجمع الضمانات لابن غانم البغدادي ٢/٦٥٧.

(٤) المبسوط للسرخسي ١١/١١٧.

(٥) تأسيس النظر للدبوسي ص٢١، وبلفظ: "الضمان لا يكون إلا بعد ثبوت الملك وتقرره" السيل الجرار للشوكاني ٢/٤٦.

الغاصب فلا يحقّ لصاحبها المطالبة بها عوض ما أخذه من قيمتها أو مثلها، أم أنها لا تزول عن ملكه فيحقّ له أن يردّ ما أخذه من القيمة أو المثل ويستردها؟ هذا هو معنى القاعدة إجمالا.

وقد يتبادر إلى الذهن أن الشطر الأول من هذه القاعدة يقتضي أن يكون موجِب الضمان – ولو كان غير شرعي- سببا مشروعا للملك وليس الأمر كذلك؛ لأن «الملك حكم مشروع مرغوب فيه، فيكون سببه مشروعًا مرغوبًا فيه، ولا يصح أن يجعل العدوان المحض سببا له، فإنه ترغيب للناس فيه لتحصيل ما هو مرغوب لهم به، ولا يجوز إضافة مثله إلى الشرع»[1] ولذا اختلف الفقهاء في: «الملك هل يضاف للضمان وسببه معا؟»[2] أو هو مضاف للضمان كما يقرره هذا الشطر من القاعدة.

والمعنى الحقيقي له إنما هو، كما بينه السرخسي، ممثلا بالغصب: «الغصب موجب رد العين أو رد القيمة عند تعذر رد العين بطريق الجبران مقصودا بهذا السبب، ثم يثبت الملك به للغاصب شرطا للقضاء بالقيمة لا حكمًا ثابتًا بالغصب مقصودًا»[3]، لأن «الضمان لا يكون إلا بعد ثبوت الملك وتقرره»[4].

فالملكية المترتبة على ضمان المضمونات على قول من يقول بها ليست على أصل الأملاك الصحيحة كالملكية الناجمة عن العقد، إنما هي ملكية من وجه دون وجه، ويظهر أثر الفرق في غلة المضمون، وفي زوائده المنفصلة، فأما الغلة والكسوب ففي البيع الفاسد تكون غلة المبيع للمشتري بعد قبضه،

---

(١) المبسوط للسرخسي ٥/٦٧، وانظر: المحلى لابن حزم ٥/٢٥٠.

(٢) تهذيب الفروق لمحمد المالكي ٤/٦٠.

(٣) المبسوط للسرخسي ٥/٦٧.

(٤) السيل الجرار للشوكاني ٢/٤٦.

لأن أصلَها المبيعَ في ضمانه، والخراج بالضمان، أما في حالة الغصب ونحوه مما يكون سببا للضمان، فإنما تكون الغلة للغاصب على تقدير هلاكه وتغيره، وإلا فإن العين السالمة يرجعها الغاصب وما اغتل منها في المشهور عند المالكية[(١)]، وقريب منها قول الزيدية: «غلة المغصوب الحادثة عند الغاصب أمانة عنده»[(٢)]، وأما عند الحنفية فالغلة وإن كانت للغاصب مطلقاً[(٣)]، فإنه مع ذلك يؤمر بالتصدق بها، لأن كسبها خبيث[(٤)]، كما يظهر أثرها أيضًا في الزوائد المنفصلة للمغصوب، كالدَّر والثمر والولد، فإنها لا تتبع المغصوب، ولا تملك بضمان ما تولدت عنه، بل هي أمانة في يد الغاصب عند الحنفية، لعدم إزالة اليد المحقة عنها، ولذلك فلا تسلم للغاصب إذا ملك المغصوب بالضمان[(٥)]، وعللوا ذلك بأن الملك الثابت بالضمان، مستند إلى وقت الغصب، فهو ناقص، يثبت من وجه دون وجه، فلم يظهر أثره في الزيادة المنفصلة[(٦)].

وقد اختلفت آراء الفقهاء حول هذه القاعدة كما تنبئ عنه صيغتها الاستفهامية فصرح الحنفية باعتبار شطرها الأول وأكثروا من تخريج الفروع عليه في كتبهم والتفنن في التعبير عنه بصيغ متنوعة مما جعل بعض الباحثين يعتبرها

---

(١) للمالكية أقوال أخرى في المسألة، أهمها التفريق بين العقار فيه ضمان الغلة على المغصوب المستغل، وبين غيره من الحيوان والعروض لا يضمن، بناء على أن الغلة فيها ناتجة عن مؤنة الغاصب في حفظها، بخلاف العقار انظر الذخيرة ٨/٣١٤- ٣١٨.

(٢) التاج المذهب لأحكام المذهب لأحمد بن يحيى بن المرتضى ٥/٣٥٥.

(٣) "لأن المنافع لا تتقوم إلا بالعقد، والعاقد عليها هو الغاصب" حاشية ابن عابدين ٩/٢١٥.

(٤) بخلاف أبي يوسف، حيث لا يأمره بالتصدق حاشية ابن عابدين ٩/٢٢٧.

(٥) زوائد المغصوب أمانة عند الغاصب انظر: طريقة الخلاف للإسمندي ص ٢٥٥، حاشية ابن عابدين ٩/٢١٤ - ٢١٥.

(٦) "وهذا بخلاف البيع الموقوف أو الذي فيه خيار، حيث يملك به الزيادة المنفصلة أيضًا، لأنه سبب موضوع للملك، فيستند من كل وجه" حاشية ابن عابدين ٩/٢٤٢.

حنفية المنشأ والتطبيق[١] وجعلوا الضمان السبب الوحيد الذي يصح به تملك مال الغير بغير رضاه يقول السرخسي: «لا يتملك أحد مال الغير بغير رضاه إلا بالضمان»[٢] وأقرب المذاهب إلى الحنفية في ذلك هم المالكية حيث جعلوا من أسباب ملك المغصوب غرم الغاصب قيمته لمالكه إذا حكم بذلك عليه الشرع لحصول مفوت، بشرط ألا يكذب الغاصب في دعواه تلف المغصوب أو ضياعه أو تغير ذاته؛ لكن الغاصب يمنع من التصرف في المغصوب برهن أو كفالة خشية ضياع حق المالك، ولا يجوز لمن وهب له منه شيء قبوله ولا الأكل منه ولا السكنى فيه، مثل أي شيء حرام[٣].

ويقابل هذا الرأي مذهب الحنابلة[٤] والشافعية القائلين بأن المضمون لا يملك بالضمان على أنه ورد لمتأخري الشافعية حالات يملك فيها الغاصب المغصوب إذا تصرف فيه تصرفا يفيت عينه ولا يمنع الاستفادة منه من كل وجه كمن غصب زيتا وخلطه بجنسه وعسر التمييز فتعذر رده لمالكه، علما أن بعضهم خالف ذلك وقال: «المعروف عند الشافعية أنه لا يملك شيئًا منه»[٥].

وملك المضمون بالضمان، ليس على إطلاقه - حتى عند القائلين به - بل هو مقيد بأمور، أخصها كونه مما يجوز تمليكه بالتراضي، وفوات عينه أو رضا المالك بالقيمة إذا لم تفت أو إذا ظهرت بعد استيفائه قيمتها.

والخلاف في هذه القاعدة ناشئ عن الخلاف في مقابل الضمان هل هو

---

(١) نظرية الضمان للدكتور وهبة الزحيلي ص٢١٩.

(٢) المبسوط للسرخسي ١١/١١٧.

(٣) انظر: شرح مختصر خليل للخرشي ٦/١٣٣.

(٤) انظر: المغني لابن قدامة ٥/١٦٠.

(٥) انظر: الفتاوى الفقهية الكبرى للهيتمي ١/٤٥، أسنى المطالب في شرح روض الطالب لزكريا الأنصاري ٢/٣٥٨.

عين المضمون أو فوات اليد؟[١]؛ فالقائلون بأن الضمان في مقابلة عين المضمون يقولون بملك المضمونات بالضمان، لأن المضمون هو الذي وجب رده، فإذا تعذر رد العين وجب رد بدل العين وإذا ثبت أن الضمان بدل عن العين فالجمع بين البدل والمبدل عنه في حق شخص واحد متناقض فكان من ضرورة ملك المالك الضمانَ زوالُ ملكه عن المضمون فوقع الملك بالمضمون سابقا عن ملك الضمان واقعا يقتضي له وإن تقدم عليه.

أما القائلون بأن الضمان يقابل فوات اليد فيرون خلاف ذلك «لأن ملك العين قائم، فإيجاب البدل عنه محال وإنما يجب الضمان بدلا عما فات ولم يفت إلا اليد، فتمَلُّكُ الغاصب - ولم يجر من المالك رضى ولا دعت إليه ضرورة - محالٌ»[٢] وعن هذا المعنى عبر الشافعية بصيغتين متنوعتين للشطر الثاني من القاعدة هما: «الضمان في الأموال هو في مقابلة فوات اليد والملك بحاله»[٣]؛ و«ضمان اليد في مقابلة فوات يد المالك والملك باق»[٤].

والقاعدة بشطريها جارية في المعاملات.

أدلة القاعدة:

أولاً: أدلة القائلين بأن المضمونات تملك بأداء الضمان.

١- استدل القائلون بأن المضمونات تملك بالضمان بقول رسول الله ﷺ في الشاة المغصوبة المصلية[٥]: «أطعموها الأسارى»[٦]. يقول السرخسي مبينًا وجه الاستدلال بهذا الحديث: «فقد أمرهم بالتصدق

(١) انظر: تخريج الفروع على الأصول للزنجاني ص٢١٥، ٢١٦.
(٢) تخريج الفروع على الأصول للزنجاني ص ٢١٧.
(٣) مختصر قواعد العلائي لابن خطيب الدهشة ١/٣٦٣.
(٤) المنثور للزركشي ٢/٣٢٥.
(٥) أي مشوية من صلى اللحم يصليه صليا: شواه القاموس المحيط للفيروزآبادي ص١٦٨١.
(٦) رواه أحمد ٣٧/١٨٥ (٢٢٥٠٩)، وأبو داود ٣/٢٤٤ (٣٣٣٢).

بها، ولو لم يملكوها لما أمرهم بالتصدق بها؛ لأن التصدق بملك الغير إذا كان مالكه معلومًا لا يجوز، ولكن يحفظ عليه عين ملكه، فإن تعذر ذلك يباع، ويحفظ عليه ثمنه»[١].

٢- واستدلوا له كذلك من جهة المعقول بأن المضمون هو الذي وجب رده، فإذا تعذر رد العين وجب رد بدل العين، وإذا ثبت أن الضمان بدل عن العين فالجمع بين البدل والمبدل عنه في حق شخص واحد متناقض، فكان من ضرورة ملك المالك الضمان زوال ملكه عن المضمون، فوقع الملك بالمضمون سابقا عن ملك الضمان واقعا مقتضى له وإن تقدم عليه[٢].

٣- أن المالك ثبت الملك له في الضمان- أي البدل عن العين الهالكة بعد الغصب- فيزول ملك الغاصب عن الضمان لاستحالة جمعهما، وإذا زال ملك الغاصب، فقد تضرر به، فيجب إعدام هذا الضرر، وذلك بإثبات الملك له في المضمون، ليقوم مقامه، فوجب القول بإثبات الملك في الجانبين، دفعا للضرر عنهما بقدر الإمكان[٣].

ثانيًا: أدلة القائلين بأن المضمونات لا تملك بأداء الضمان.

استدل القائلون: إن المضمونات لا تملك بأداء الضمان بأن الضمان في مقابلة اليد لأنها هي الفائتة وملك العين قائم فإيجاب البدل عنه محال، وإنما يجب الضمان بدلا عما فات ولم يفت إلا اليد فتملك الغاصب - ولم يجر من المالك رضى ولا دعت إليه ضرورة – محال[٤].

---

(١) المبسوط للسرخسي ١١/٦٨.

(٢) تخريج الفروع على الأصول للزنجاني ص ٢١٦.

(٣) طريقة الخلاف ص ٢٦١.

(٤) انظر: تخريج الفروع على الأصول للزنجاني ص ٢١٧.

تطبيقات القاعدة:

١- من غصب شيئًا وغيَّره بالتصرف فيه فزال اسمه وأعظم منافعه، أو اختلط المغصوب بملك الغاصب بحيث يمتنع امتيازه أو يمكن بحرج وتعذر- فإنه يضمنه ويملكه ملكا مستندا إلى يوم الغصب[١]، جريًا على شطر القاعدة الأول.

٢- إذا قبض رجل وديعة رجل فقال رب الوديعة: ما وكلتك وحلف على ذلك وضمن المستودع، رجع بالمال على القابض إن كان عنده بعينه لأنه ملكه بأداء الضمان[٢]، جريًا على شطر القاعدة الأول.

٣- من غصب زرعًا فحرثه فالزرع لربه وعليه زكاته، وقيل للغاصب وعليه عشره وغرم مثل البذر أو قيمته لربه، والقولان جاريان على شطري القاعدة[٣].

٤- من غصب شاة إنسان فضحى بها عن نفسه، وضمنه صاحبها قيمتها حية فإنها تجزئ عن الذابح؛ لأنه ملكها بالضمان من وقت الغصب بطريق الاستناد فصار ذابحًا شاة هي ملكه فتجزئه بناء على أن المضمونات تملك بالضمان، ولكنه يأثم؛ لأن ابتداء فعله وقع محظورا فتلزمه التوبة والاستغفار، وقال بعض الفقهاء: لا تجزئ بناء على أن المضمونات لا تملك بالضمان[٤].

٥- إذا ضمن الغاصب المغصوب بعد هلاكه يتسلم الأكساب الناتجة عن المغصوب؛ لأن ملكه على المغصوب مستند إلى وقت الغصب،

---

(١) حاشية ابن عابدين ٩/٢٢٩ - ٢٣٦.

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي ١٩/٩٠.

(٣) انظر: شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش (والنص من المتن) ٣/٥٠، شرائع الإسلام للحلي٣/١٩٥، وعبارته: "إذا غصب حبًا فزرعه، أو بيضًا فاستفرخه، قيل: الزرع والفرخ للغاصب، وقيل: للمغصوب منه، وهو الأشبه".

(٤) والقول الأول لأبي حنيفة وصاحبيه، والثاني للشافعية وزفر من الحنفية، انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٥/١٢٨، حاشية الشلبي على تبيين الحقائق ٦/٩.

ولأن الأكساب تبع محض لما ملكه بالضمان[١]، وزوائد المغصوب في يد الغاصب - كالسمن وعلو القيمة ثم يذهب ذلك - لا يضمنه الغاصب، عند المالكية والحنفية، سواء بقيت العين وردت سالمة أو هلكت فضمنها الغاصب، فإنما يضمنها بالقيمة يوم الغصب دون ما زاد فيها أو نقص، خلافا للشافعية والحنابلة[٢]، والظاهرية والصحيح عند الإمامية[٣]، جريًا على شطري القاعدة.

٦- من أتلف الشيء المسروق داخل الحرز ثم خرج بالمتلف وقيمته نصاب فإنه لا يقطع؛ لأنه بالإتلاف ضمن قيمة الشيء، والمضمونات تملك عند أداء الضمان أو اختياره من وقت الأخذ، فلو ضمن السارق قيمة المسروق لملكه من وقت الأخذ؛ فلو قطع لقطع في ملك نفسه وقال بعض العلماء: يقطع بذلك؛ جريًا على شطر القاعدة الثاني[٤].

٧- من أخرج صيدا من الحرم إلى الحل ضمن جزاءه، فإن ذبحه وانتفع بلحمه فلا شيء عليه؛ لأن الضمان سبب لملك المضمون[٥].

٨- إذا هلك المبيع في يد مشترٍ غيرِ مكره، والبائع مكره ضمن المشتري قيمته للبائع؛ لأنه قبضه بحكم عقد فاسد فكان مضمونا عليه، وللبائع أن يضمن المكرِه أو المشتري، فإن ضمن المكرِه رجع على المشتري بقيمته؛ لأنه قام مقام البائع بأداء الضمان؛ لأن المضمون يصير ملكا للضامن من وقت سبب الضمان[٦].

بدي أحمد سالم

* * *

(١) حاشية ابن عابدين ٢٤٢/٩، ومشهور قول المالكية موافق للحنفية في غير العقار، يقول القرافي معللا: "لما كان توقع الضمان في العقار أبعد لم تكن الغلة للغاصب لضعف السبب" الذخيرة للقرافي ٣١٨/٨.

(٢) الذخيرة ٢٨٣/٨ – ٢٩٥.

(٣) قال في المبسوط: "الصحيح أنه يضمنها وفي الناس من قال: إنه لا يضمن ذلك الحادث" المبسوط٦٥/٣.

(٤) والقول الأول لأبي يوسف، انظر: شرح فتح القدير لابن الهمام ٤١٨/٥.

(٥) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٢٠٩/٢.

(٦) انظر: درر الحكام شرح غرر الأحكام لملا خسرو ٢٦٧/٧.

رقم القاعدة: ٨٨٨

نص القاعدة: مَنْ أَتْلَفَ شيئًا لِدَفْعِ أَذَاهُ لَهُ لَمْ يَضْمَنْهُ، وَإِنْ أَتْلَفَهُ لِدَفْعِ أَذَاهُ بِهِ ضَمِنَهُ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- من أتلف شيئًا لدفع أذاه له دفعًا عن نفسه فلا ضمان عليه، فإن أتلفه للانتفاع به ضمنه[٢].

٢- من أتلف شيئًا لينتفع به ضمنه، ومن أتلفه دفعًا لمضرته فلا ضمان عليه[٣].

٣- من فعل شيئًا دفع به عن نفسه مما له فعله أنه لا ضمان عليه مما تلف منه[٤].

---

(١) القواعد لابن رجب ص ٣٦.

(٢) تيسير اللطيف المنان للسعدي ص ٣٠١.

(٣) القواعد والأصول الجامعة للسعدي ص ٦٩ ووردت في تلقيح الأفهام العلية للسعيدان، القاعدة السابعة عشر بلفظ: "من أتلف شيئًا لينتفع به ضمنه، ومن أتلفه ليدفع ضرره عنه فلا".

(٤) عمدة القاري للعيني ٧٤/٢٤ ووردت في مختصر اختلاف العلماء للجصاص ١٩٥/٥ بلفظ: "من فعل شيئا دافعا به عن نفسه فيما له فعله أنه لا يضمن ما تلف به".

قواعد ذات علاقة :

١- الضرر يزال[١]. (أعم).

٢- الضرورات تبيح المحظورات[٢]. (أعم).

٣- الجواز الشرعي ينافي الضمان[٣]. (أعم).

٤- ما لا يمكن الاحتراز عنه فليس بمضمون[٤]. (أعم من الشطر الأول للقاعدة).

٥- الضرر لا يزال بالضرر[٥]. (تعليل للشطر الثاني من القاعدة).

٦- الاضطرار لا يبطل حق الغير[٦]. (تعليل للشطر الثاني من القاعدة).

شرح القاعدة :

المقصود بالضمان الغرامة الواجبة بسبب الإتلاف، سواء أكان وجوبها لحق العباد؛ كبدل المال المتلف، أم لحق الله؛ كالفدية الواجبة في إتلاف ممنوع في الإحرام.

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم مع غمز عيون البصائر ٢٧٤/١، الأشباه والنظائر للسيوطي ص٨٣ وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٢) المبسوط ١٥٤/١٠، المنثور للزركشي ٣١٧/٢ وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٣) الدرر شرح الغرر للملا خسرو ٢٨٩/٢، الدر المختار للحصكفي مع رد المحتار ٥٢٣/٥ وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٤) تحفة الفقهاء للسمرقندي ١٢٣/٣ وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "ما لا يمكن الاحتراز عنه فلا ضمان فيه".

(٥) المغني ٢٠٠/٥، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "الضرر لا يزال بمثله".

(٦) ترتيب اللآلي لناظر زاده ٣٤٥/٢، المجلة العدلية وشروحها، المادة ٣٣، قواعد الفقه للمجددي ص ٦٠ وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

وقاعدة الشريعة أن كل من أتلف شيئًا ضمنه، نفسا كان أو مالا، إلا إذا كان الإتلاف مأذونا فيه من قبل الشارع أو المالك فإن الضمان يسقط عنه؛ إذ «الإذن في الإتلاف يسقط الضمان»[1]. وهذه القاعدة تبين صورة من الصور التي يرتفع فيها الضمان عند الإتلاف.

ومعنى القاعدة: أن من تعرض له شيء يؤذيه من آدمي أو حيوان أو غيره فأتلفه لدفع أذاه وضرره عن نفسه فإنه لا يضمن، فلو صال عليه إنسان فلم يقدر على دفعه إلا بقتله، فلا ضمان عليه، ولكن من أتلف شيئًا لدفع أذى عن نفسه به، بحيث يكون المتلَف وسيلة لدفع الأذى فإن على المتلِف ضمانه؛ كما لو حلق المحرم رأسه لتأذيه بالقمل فعليه فدية من صيام أو صدقة أو نسك؛ لأنه أتلف الشعر، لا لأذى الشعر، ولكن لدفع أذى غيره به.

والفرق بين الصورتين أن الشيء المتلَف في الصورة الأولى هو الذي حصل منه الأذى، أما في الثانية فالشيء المتلَف لم يحصل منه أذى لمتلِفه، ولكنه أتلفه ليدفع به أذى ابتلي به من غير جهته، ولم يكن له سبيل إلى دفعه إلا بإتلاف ذلك الشيء ففي هذه الصورة أباح له الشارع الإقدام على الإتلاف للضرورة، ولكن لم يرفع الضمان عنه؛ لأن «الاضطرار لا يبطل حق الغير».

وجواز الإتلاف في القاعدة مقيد بتعيُّن ذلك طريقا لدفع الأذى وإزالة الضرر، بحيث لم يبق سبيل إلى الدفاع عن نفسه وإبقاء مهجته إلا بالإتلاف، والأصل في ذلك هو الدفع بالأخف فالأخف، فلا يرقى إلى مرتبة مع إمكان الاكتفاء بدونها، كما في دفع الصائل إذا أمكن دفعه بإتلاف عضو من أعضائه دون قتله وجب ذلك، ولا ينتقل إلى الأعلى مع إمكان الأدنى؛ قال الإمام النووي: «ويدفع الصائل بالأخف، فإن أمكن بكلام - يزجره به - واستغاثة حَرُم

---

(١) التجريد للقدوري ٧/٣٢٧٤.

الضرب، أو بضرب بيد حَرُم سوط، أو بسوط حَرُم عصا، أو بقطع عضو حَرُم قتل»[1]؛ قال الرملي: «وفائدة الترتيب المذكور أنه متى خالف وعدل إلى رتبة مع إمكان الاكتفاء بما دونها ضمن»[2]. ويقول الإمام القرافي: «المضطر الواجد لطعام غير مضطر يطلبه منه بثمن في الذمة ويظهر له الحاجة، فإن أبى استطعمه، فإن أبى أعلمه أنه يقاتله، فإن امتنع غصبه؛ لأن إحياءه واجب عليه، فإن دفعه جازت مدافعته له وإن أدت إلى القتل»[3]، والعلة في ذلك أن الأصل في النفوس والأموال العصمة، وما أبيح للضرورة منه يكون مقيدا بقدر ما تندفع به الضرورة؛ كما قرر الفقهاء ذلك بقولهم: «الضرورة تقدر بقدرها»[4].

وهذه القاعدة في شقها الأول: «من أتلف شيئًا لدفع أذاه له لم يضمنه» متفرعة عن قاعدة: «الجواز الشرعي ينافي الضمان»[5] التي هي أعم من حيث إنها تشمل جواز الإتلاف لأسباب شرعية أخرى غير دفع الأذى؛ كإتلاف المحرّم ومن وجب عليه الحد ونحو ذلك وأما الشق الثاني: «وإن أتلفه لدفع أذاه به ضمنه» فهو مقيد لها من حيث إنه يفيد أن رفع الضمان بالجواز الشرعي ليس على إطلاقه، بل إذا ترتب على ذلك إتلاف مال الغير لسبب خارج عنه فإنه يكون مضمونًا؛ لأن الأعذار الشّرعيّة لا تنافي عصمة المحلّ، والإباحةُ للاضطرار لا تُسقط حقوق الآخرين.

وهي وإن لم ترد بلفظها إلا عند ابن رجب رحمه الله ومن تبعه في ذلك،

---

(١) منهاج الطالبين للنووي مع مغني المحتاج ٥/٥٣٠ وانظر: المغني لابن قدامة ٩/١٥١، الإنصاف للمرداوي ١٠/٣٠٣، كشاف القناع للبهوتي ٦/١٥٤.

(٢) نهاية المحتاج للرملي ٨/٢٧ وكذلك قال العنسي في التاج المذهب ٤/٣١٥: "يجب في المدافعة تقديم الأخف فالأخف فإن عدل إلى الأشد وهو يندفع بالأخف ضمن".

(٣) الذخيرة للقرافي ٤/١١١.

(٤) بريقة محمودية للخادمي ٤/٢٣٤، درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٣/٢٢٢ وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٥) الدرر شرح الغرر لملا خسرو ٢/٢٨٩، الدر المختار للحصكفي مع رد المحتار ٥/٥٢٣.

إلا أن مفهومها محل اتفاق بين الفقهاء في الجملة فأما الشق الأول فلم يخالف فيه إلا الحنفية في صورة خاصة، حيث إنهم استثنوا من سقوط الضمان ما إذا كان المؤذي الصائل صبيًّا أو مجنونًا أو دابة، فلو شهر مجنون أو صبي على آخر سيفا فقتله الآخر دفاعا عن نفسه فعليه الدية في ماله على المعتمد في المذهب عندهم، ولو قتل جملا صائلا عليه ضمن قيمته؛ وذلك لأن جناية العجماء جبار، والبهيمة لا قصد لها، فإذا انتفى القصد تبقى عصمتها لحق المالك، وأما الفعل من الصبي والمجنون فغير متصف بالحرمة فلم يقع بغيًا، فلا تسقط العصمة به لعدم الاختيار الصحيح؛ ولهذا لا يجب القصاص على الصبي والمجنون بقتلهما، وهنا سقط القصاص لوجود المبيح، وهو دفع الشر، فيبقى وجوب الدية[1].

وأما الشق الثاني فقد أخذ به عامة الفقهاء من الحنفية[2]، والشافعية[3]، والحنابلة[4]، والمالكية في قول استظهره بعضهم وصححه[5]، وغيرهم، بل قد حكى بعضهم اتفاق الفقهاء على ذلك، كما قال الإمام الطحاوي - رحمه الله تعالى: «اتفقوا أنه لو اضطر إلى طعام غيره فأكله ضمنه»[6]، وعند التتبع والنظر يتبين أن بعض الفقهاء خالف في ذلك، حيث ذهب المالكية في قول[7] والحنابلة

---

(١) انظر: الهداية للمرغيناني ٤/٤٤٨، تبيين الحقائق للزيلعي ٦/١١٠، مجمع الأنهر لشيخي زاده ٢/٦٢٤، تكملة البحر الرائق للطوري ٨/٣٤٤، نظرية الضرورة للزحيلي ص١٤٧-١٤٨.

(٢) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٣/٢٢٢، مختصر اختلاف العلماء للجصاص ٣/٣٠٣، رد المحتار لابن عابدين ٦/٣٣٨، درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١/٤٢-٤٣.

(٣) انظر: المنثور ٢/٣٣١، تحفة المحتاج للهيتمي ٩/٣٩٤-٣٩٥، مغني المحتاج ٦/١٦٢.

(٤) انظر: المغني لابن قدامة ٩/٣٣٥، الإنصاف للمرداوي ١٠/٣٧٤، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٣/٤١٣.

(٥) انظر: الفروق للقرافي ١/١٩٦، التاج والإكليل للمواق ٧/٢٧١.

(٦) مختصر اختلاف العلماء للجصاص ٣/٣٠٣ أصل الكتاب للإمام الطحاوي، والاختصار هو للجصاص.

(٧) انظر: تفسير القرطبي ٢/٢٢٦، المنتقى شرح الموطأ للقاضي أبي الوليد الباجي ٣/١٤٠، منح الجليل ٢/٤٥٩، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/١١٦.

في رواية[١] إلى أن المضطر لا ضمان عليه مطلقًا؛ «لأن الدفع كان واجبًا على المالك، والواجب لا يؤخذ له عوض»[٢]، وتوسط البعض فذهب إلى التفصيل والتفريق بين الواجد وغيره، كالشيخ تقي الدين ابن تيمية، فمذهبه «أن المضطر إلى الطعام إن كان فقيرًا وجب بذله له مجانًا؛ لأن إطعامه فرض كفاية لا يجوز أخذ العوض عنه، بخلاف الغني فإن الواجب معاوضته فقط»[٣]، وهو مذهب الظاهرية[٤]، والمعتمد عند المالكية؛ قال عليش: «للمواسي بخيط أو فضل طعام أو شراب أو عمد أو خشب: الثمن لما واسى به وقت المواساة إن وُجِد مع المضطر حال اضطراره، وإلا فلا يتبعه به»[٥]، وقال الصاوي: «حيث أكل الطعام - بالاضطررا- فلا ضمان عليه إذا لم يكن معه ثمن؛ لأنه لم يتعلق بذمته»[٦]، ومفهومه أن الضمان واجب عند وجود الثمن.

أدلة القاعدة:

١- قوله تعالى ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا۟ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [سورة البقرة: ١٩٤]، قال الشيخ زكريا الأنصاري: «يجوز للمصول عليه دفع كل صائل من آدمي مسلم أو كافر أو غيرهما فإن أتى الدفع على نفسه فلا ضمان بقصاص ولا دية ولا كفارة ولا قيمة؛ لأنه مأمور بدفعه، وبين الأمر بالقتال والضمان منافاة»[٧].

---

(١) انظر: القواعد لابن رجب ص ٢٢٨.
(٢) الفروق للقرافي ١/١٩٦.
(٣) القواعد لابن رجب ص ٢٢٨.
(٤) يقول ابن حزم في المحلى ٧/٢٠٤: «إن كان المكره على أكل مال مسلم له مال حاضر فعليه قيمة ما أكل، لأن هذا هو حكم المضطر، فإن لم يكن له مال حاضر فلا شيء عليه فيما أكل».
(٥) منح الجليل شرح مختصر خليل لمحمد عليش ٢/٤٤٥ وانظر: الفواكه الدواني للنفراوي ٢/٢٣٨.
(٦) حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٢/١٨٥.
(٧) أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٤/١٦٦.

٢- ما رواه عمران بن حصين رضي الله عنه: أن رجلاً عضّ يد رجل، فنزع يده من فيه، فوقعت ثنيته، فاختصما إلى النبي ﷺ فقال: «يعضّ أحدكم أخاه كما يعض الفحل! لا دية لك»(١).

قال الشوكاني: «والحديث يدل على أن الجناية إذا وقعت على المجني عليه بسبب منه؛ كالقصة المذكورة وما شابهها فلا قصاص ولا أرش، وإليه ذهب الجمهور، ولكن بشرط أن لا يتمكن المعضوض مثلاً من إطلاق يده أو نحوها بما هو أيسر من ذلك، وأن يكون ذلك العض مما يتألم به المعضوض»(٢).

٣- ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه قال: جاء رجل فقال: يا رسول الله، أرأيت إن جاء رجل يريد أخذ مالي، قال: «فلا تعطه مالك»، قال: أرأيت إن قاتلني؟ قال: «قاتله» قال: أرأيت إن قتلني؟ قال: «فأنت شهيد»، قال: أرأيت إن قتلته؟ قال: «هو في النار»(٣)، فالحديث نص صريح في أن من قصد أخذ مال غيره بغيره حق كان القاصد مهدر الدم، وإن قتل كان في النار.

٤- ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «من اطلع في بيت قوم بغير إذنهم فقد حل لهم أن يفقؤوا عينه»(٤)، وفي رواية: «من اطلع في بيت قوم بغير إذنهم ففقؤوا عينه فلا دية له ولا قصاص»(٥). فالحديث نص على أن من أتلف مؤذيه فلا يجب عليه الضمان؛ قال ابن حجر: «واستدل به على جواز رمي من يتجسس، ولو لم يندفع

---

(١) رواه البخاري ٨/٩ (٦٨٩٢)، ومسلم ١٣٠٠/٣ (١٦٧٣).
(٢) نيل الأوطار للشوكاني ٣٣/٧.
(٣) رواه مسلم في صحيحه ١٢٤/١ (١٤٠).
(٤) رواه البخاري ١١/٩ (٦٩٠٢)، ومسلم ١٦٩٩/٣ (٢١٥٨)/(٤٤).
(٥) رواها أحمد ٥٤٥/١٤ (٨٩٩٦)، والنسائي ٦١/٨ (٤٨٦٠).

بالشيء الخفيف جاز بالثقيل، وأنه إن أصيبت نفسه أو بعضه فهو هدر»[(١)].

٥- وأما دليل الشطر الثاني من القاعدة فهو قاعدة: «الاضطرار لا يبطل حق الغير»[(٢)]، وذلك لأن إتلاف الشيء لدفع أذى غيره به إنما يباح في حالة الاضطرار، والاضطرار لا يسقط حق صاحبه في الضمان.

تطبيقات القاعدة:

١- لو انكسر شيء من ظفر المحرم، وتأذى به، فيجوز له أن يزيل الجزء الذي يحصل به الأذى، ولا فدية عليه؛ لأن من أتلف شيئًا لدفع أذاه لم يضمنه، وأما إن كان الأذى من غير سبب الظفر، كأن يكون بأصابعه قروح فلا يقدر على مداواتها إلا بتقليم أظفاره فإنه يقلمها ويفتدي[(٣)]؛ لأن من أتلف شيئًا لدفع الأذى به ضمنه.

٢- لو صال على المحرم صيد فقتله دفعا عن نفسه لم يضمنه؛ لأن الصيال ألحقه بالمؤذيات، ولو قتله لدفع راكبه الصائل عليه ضمنه؛ لأن الأذى ليس منه، إلا أنه يرجع بما غرمه على الصائل[(٤)].

٣- لو حلق المحرم رأسه لتأذيه بالقمل والوسخ فداه؛ لأن الأذى من غير الشعر، ولو نبتت في عينه شعرة تتأذى بها العين فقلعها، أو نزل شعر الرأس على عينه فقطع ما غطى العين جاز ولا كفارة عليه؛ لأنه أتلفه لدفع أذاه[(٥)].

---

(١) فتح الباري لابن حجر ١٢/٢٤٥.

(٢) ترتيب اللآلي لناظر زاده ٢/٣٤٥، المجلة العدلية وشروحها، المادة ٣٣، قواعد الفقه للمجددي ص ٦٠.

(٣) انظر: المنتقى شرح الموطأ للباجي ٢/٢٦٦، المهذب للشيرازي مع المجموع للنووي ٧/٣٥٨، أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ١/٥١٠.

(٤) انظر: نهاية المحتاج للرملي ٣/٣٤٨، حاشية الجمل ٢/٥٢٧، المغني لابن قدامة ٣/٢٦٦.

(٥) انظر: المهذب للشيرازي مع المجموع ٧/٣٥٨، القواعد لابن رجب ص ٣٦.

٤- لو أشرفت السفينة على الغرق فألقى متاع غيره ليخففها ضمنه، ولو سقط عليه متاع غيره فخشي أن يهلكه فدفعه فوقع في الماء لم يضمنه[١].

٥- لو قلع شوك الحرم لأذاه لم يضمنه، ولو احتاج إلى إيقاد غصن شجرة ضمنه ذكره أبو الخطاب وغيره[٢].

٦- إذا دخل اللص دارا وأراد أخذ المال، كان لصاحبها دفعه بما يمكن، فإن أدى الدفع إلى قتله، كان دمه هدرًا، ولا شيء على صاحب الدار[٣].

٧- لو عض يد رجل فانتزع المعضوض يده فسقطت أسنان العاض فلا شيء على المعضوض إذا لم يمكنه خلاص يده إلا بذلك؛ لأن من أتلف شيئًا لدفع أذاه لم يضمنه[٤].

٨- لو قصد رجل الفجور بامرأة، فلم تستطع دفعه عن نفسها إلا بقتله، فقتلته فلا شيء عليها[٥].

محمد عمر محمد شفيق الندوي

* * *

---

(١) انظر: القواعد لابن رجب ص ٣٦، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ١٢٨/٢.

(٢) وخالف صاحب المغني في جواز قطع الشوك للنص الوارد فيه انظر: القواعد لابن رجب ص ٣٦.

(٣) انظر: المغني لابن قدامة ١٥٢/٩، المحلى لابن حزم ٢١١/١١، شرائع الإسلام للحلي ١٦٨/٤.

(٤) انظر: المبسوط للسرخسي ١٦٢/٣٠، الفتاوى الهندية ١٢/٦، شرح الخرشي على خليل ١١١/٨، الأم للشافعي ٣٧٥/٨، مغني المحتاج للشربيني ٥٣١/٥، الفروع لابن مفلح ١٥٠/٦، شرح منتهى الإرادات ٣٨٦/٣، التاج المذهب للعنسي ٣١٦/٤.

(٥) انظر: شرح السنة للبغوي ٢٥٢/١٠، مرقاة المفاتيح للملا علي قاري ٦٩/٧.



رقم القاعدة: ٨٨٩

نص القاعدة: يُضَافُ الفِعْلُ إِلَى الفَاعِلِ لَا الآمِرِ، مَا لَمْ يَكُنْ مُجْبِرًا[(١)].

ومعها :

الآمر لا يضمن بالأمر.

قواعد ذات علاقة :

١- الأصل أن الفعل الاختياري يضاف إلى فاعله ولا يجوز إضافته إلى غيره[(٢)]. (أعم).

٢- إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر[(٣)]. (أعم).

٣- الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل[(٤)]. (تكامل).

---

(١) شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٤٤٣، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٩٠/١، قواعد الفقه للمجددي ص ١٤١، المدخل الفقهي العام للزرقا ١٠٤٣/٢.

(٢) تبيين الحقائق للزيلعي ١٥٢/٦، البحر الرائق لابن نجيم ٤١٢/٨ ووردت في درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٢٧١/٢ بلفظ: "حكم الفعل يضاف إلى فاعله".

(٣) درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٣٢٤/٢ وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية

(٤) ترتيب اللآلئ لناظر زاده ٣٩٧/١، العناية شرح الهداية للبابرتي ٥٠٢/٧.

٤- لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق[١]. (تكامل).

٥- الآمر لا يضمن بالأمر[٢]. (أخص).

٦- حقوق العقد تتعلق بالعاقد[٣]. (عموم وخصوص وجهي).

٧- لا تزر وازرة وزر أخرى[٤]. (عموم وخصوص وجهي).

٨- المُكْرَه يرجع على مُكْرِهه بالضمان[٥]. (أخص).

٩- المكرَه على الفعل لا يضاف الفعل إليه[٦]. (مستثناة).

شرح القاعدة :

معنى القاعدة : أن من أمر غيره بشيء ففعله باختياره فإن فعله ينسب إليه، دون الآمر، ويكون الفاعل مسؤولا عن آثاره وما يترتب عليه من التزام أو عقوبة أو ضمان، ما لم يكن الآمر مكرِها للفاعل على الفعل[٧]، فمن أمره أحد

---

(١) أحكام القرآن للجصاص ٢/٢٧٥، كشاف القناع للبهوتي ٢/٧٧، المحلى لابن حزم ١/٦٦، البحر الزخار للمرتضى٣/٢٦٤ وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم مع غمز البصائر للحموي ٣/٢١٠ وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٣) المبسوط للسرخسي ١٤/٦٠، شرح السير الكبير للسرخسي ٤/١٣٨٨.

(٤) المغني لابن قدامة ١٠/١٩٠، المحلى بالآثار لابن حزم ١١/٣٦٢ والقاعدة لفظ آية قرآنية وانظرها في قسم القواعد المقاصدية بلفظ: " لا تزر وازرة وزر أخرى وليس للإنسان إلا ما سعى ".

(٥) حاشية الجمل على المنهج ٢/٥٢٦ وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٦) فتح القدير لابن الهمام ٥/٢٠٧ ووردت في الفروع لابن مفلح ٣/٣٩١ بلفظ: "المكره لا يضاف الفعل إليه".

(٧) هذا على قراءة "مجبِرًا" بكسر الباء، اسم الفاعل، وأما على قراءة الفتح - مجبَرًا – فيكون المعنى أن الفعل يضاف إلى الفاعل ما لم يكن مجبراً فإن كان مجبراً فإن الفعل لا ينسب إليه بل إلى الفاعل، ومؤدى القراءتين واحد، لكنَّا اخترنا قراءة الكسر لأنها هي التي مشى عليه الشيخ أحمد الزرقا في شرحه للقواعد الفقهية ص٤٤٣، قائلاً: "ثم إنما ينسب حكم الفعل إلى الفاعل دون الآمر (ما لم يكن) الآمر (مجبرا) أي مكرها للفاعل على الفعل" أهـ.

بإتلاف مال غيره أو بيعه ففعل كان الفاعل هو المسؤول عنه، والمطالب بضمانه، دون الآمر، ومن أمره شخص بقتل رجل أو أخذ ماله، فأطاعه وجب عليه القود والغرم، أما إذا كان الفاعل مكرَها على الفعل إكراها ملجئا، فإن الفعل حينئذ لا ينسب إليه، بل ينتقل إلى الآمر؛ لأن المأمور بالإكراه صار كالآلة في يد المكرِه.

ومؤاخذة الفاعل بفعله دون الآمر مقيد بما يلي:

الأول: أن يكون المأمور عاقلا بالغا، فإذا كان صغيرا أو غير عاقل لم يؤاخذ بفعله، بل تنتقل المسؤولية إلى الآمر، وذلك لأن «فعل الصبي – وكذا المجنون - غير معتبر شرعا في بناء الحكم عليه»[(١)]، فإذا أمره أحد بالسرقة ففعل فإنه لا يجب عليه الحد؛ لأن «فعل الصبي لا يصلح سببا للعقوبة؛ لقصور معنى الجناية في فعله»[(٢)]، ومن أمر صبيا بإتلاف مال الغير فإن قرار الضمان يكون على الآمر، إلا أن صاحب الحق يضمن المأمور، وهو يرجع به على الآمر[(٣)].

الثاني: أن لا يكون المأمور مكرَها، فإذا كان مكرهًا فإن الفعل ينسب إلى الآمر لا الفاعل فيما يمكن نسبته إليه، ويكون الضمان عليه؛ لأنه بالإكراه صار كالآلة في يد المكرِه[(٤)]، «والفعل يضاف إلى الفاعل، لا إلى الآلة»[(٥)]، وسواء

(١) المبسوط للسرخسي ٢٩٧/٣٠.
(٢) كشف الأسرار لعبد العزيز البخاري ٢٧٣/٤.
(٣) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم مع الغمز ٢١٠/٣-٢١١، رد المحتار لابن عابدين ٢١٤/٦، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٥٩٩/٢، شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقا ص ٤٤٤، المدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقا ١٠٤٤/٢.
(٤) انظر: المبسوط للسرخسي ٩٢/٢٤، تبيين الحقائق للزيلعي ١٨٦/٥، البحر الرائق لابن نجيم ٨٢/٨.
(٥) العناية شرح الهداية للبابرتي ٢٤٤/٩.

أكان الإكراه حقيقيًّا؛ كالتهديد بإتلاف النفس أو بإتلاف عضو من الأعضاء، أم حكميًّا؛ كما إذا كان الآمر ذا ولاية وسلطان على المأمور، كالحاكم[١]، فيكون الضمان على الآمر[٢]، وإنما لم يجب الضمان على الفاعل، ووجب على الآمر في الإكراه الحكمي لاستناد فعله إلى أصل شرعي، وهو أن «طاعة السلطان واجبة فيما لا يعلم أنه معصية»[٣]، فهو في فعله منفذ لأمر من له سلطة عليه، فوجب إسناد الضرر الناتج عن الفعل إلى الآمر، أما إذا كان الأمر محرما فلا يجوز للمأمور الإقدام عليه؛ فمن أمره الوالي بقتل رجل ظلما، أو قطعه أو جلده فلا يحل له أن يفعل شيئًا من ذلك، إذ لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق[٤]، فإن أطاعه وقتل وجب الضمان عليهما بالقود أو الدية إذا آل الأمر إليها، فيقتص من المكرَه -بفتح الراء- لمباشرته للفعل، ومن المكرِه لتسببه عند الجمهور من المالكية[٥]، والشافعية في المعتمد[٦] والحنابلة[٧].

---

(١) اختلف الفقهاء في أن "أمر السلطان هل يكون إكراهًا أم لا؟"، فعند الشافعية في ذلك قولان، انظر: نهاية المطلب للجويني ١٢١/١٦، روضة الطالبين للنووي ١٣٩/٩، الأشباه والنظائر للسيوطي ص٢١٠، ولكن نص الزركشي في المنثور ٣٦٣/٢ على أن: «أمر السلطان ذي السطوة، وعادته أن يسطو بمن يخالفه يقوم مقام التوعد نطقا، ونازل منزلة الإكراه في الأصح المنصوص»، والمختار عند الحنفية هو ما نص عليه ابن مازة البخاري في المحيط البرهاني ١٨/٩ بقوله: «أمر السلطان إكراه، لأن المأمور يعلم أنه لو لم يمثل أمره يعاقبه السلطان، هذا هو عادة السلاطين، والثابت من طريق العادة كالثابت نصا»، وانظر: الدر المختار للحصكفي مع رد المحتار ١٣٢/٦.

(٢) انظر: معين الحكام للطرابلسي ص ١٥٦، المدخل الفقهي العام للزرقا ١٠٤٤/٢.

(٣) روضة الطالبين للنووي ١٣٩/٩، مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٢٢٥/٥، الكافي لابن قدامة ٢٦٠/٣.

(٤) انظر: تبصرة الحكام لابن فرحون ١٧٤/٢، المبدع لابن مفلح ٢٠٦/٧، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢٦٢/٣.

(٥) انظر: الذخيرة للقرافي ٢٨٣/١٢، شرح الخرشي على مختصر خليل ٩/٨، منح الجليل لعليش ٢٣/٩.

(٦) انظر: روضة الطالبين للنووي ١٣٥/٦، مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٢٢١/٥.

(٧) انظر: الإنصاف للمرداوي ٤٥٣/٩، كشاف القناع للبهوتي ٥١٧/٥.

الثالث : أن يكون المأمور عالما بعدم صحة أمر الآمر؛ كأن يأمره بإتلاف شيء لغيره، فيتلفه المأمور مع علمه بأنه ليس ملكا له، فيضاف الفعل إلى المأمور، أما لو لم يكن عالما بذلك فإن المسؤولية تنتقل إلى الآمر؛ لأن الحكم يتبع العلم، كما لو أوهمه الآمر بصحة أمره، وأنه إنما يتصرف في شيء يملكه، فإن صاحب الحق يُضمّن المأمور، وهو يرجع بالضمان على الآمر(١)؛ لأنه مغرور من جهته، و«المغرور يرجع على الغار بما غره»(٢)، كما إذا أمر الرجل غيره أن يذبح له هذه الشاة وكانت الشاة لجاره ضمن الذابح قيمتها، ويرجع بالضمان على الآمر إذا كان لا يعلم أن الشاة لغير الآمر؛ لتغريره إياه(٣).

الرابع : أن لا يكون الفعل المأمور به لمصلحة الآمر، وإلا كان الأمر حينئذ في حكم الوكالة يقوم فيها المأمور مقام الآمر في حدود الأمر، وينفذ عليه تصرفه؛ كما لو أمره بقضاء دين على الآمر، أو بالإنفاق عليه أو بناء داره مثلا؛ فإن المأمور يكون كالوكيل، ويرجع على الآمر بما دفع أو أنفق(٤)، وهذا ما تقرره القاعدة: «المباشرة مقدمة على الأمر ما لم يعد النفع على الآمر»(٥).

وبمراعاة هذه القيود تخرج الاستثناءات الكثيرة التي ذكرها الفقهاء من القاعدة(٦).

---

(١) انظر: المحيط البرهاني لابن مازة ٢٥١/٨، الفتاوى الهندية٥/١٤٢، شرح المجلة للأتاسي١/٢٤٨، شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٤٥٩، المدخل الفقهي العام ٢/١٠٤١، التاج المذهب للعنسي ٣/٣٧٥.

(٢) شرح السير الكبير للسرخسي ٥/٢١١٩.

(٣) انظر: المحيط البرهاني لابن مازه ٨/٢٥١، تبيين الحقائق للزيلعي ٦/١٤٥، البحر الرائق لابن نجيم ٨/٤٠٠، الفتاوى الهندية ٥/١٤٢.

(٤) انظر: شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقا ص٤٤٤، المدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقا٢/١٠٤٤.

(٥) نهاية المحتاج للرملي ٣/٣٣٨.

(٦) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم مع غمز عيون البصائر ٣/٢١٠، ترتيب اللآلئ لناظر زاده ١/٢٠٢-٢١١، الدر المختار للحصكفي مع رد المحتار لابن عابدين ٦/٢١٤، مجمع الضمانات للبغدادي ص ١٥٨، ١٥٩.

وهذه القاعدة تقرر مبدأ المسؤولية الفردية في الإسلام، فكل إنسان مسؤول عن تصرفاته، ويتحمل تبعات عمله، حتى لو كان فعله ناتجًا عن تحريض وإغراء من غيره إلا أنه مراعاةً لمبدأ العدالة فإن الشريعة الإسلامية قد تحمِّل المتسبب في إحداث الضرر المسؤولية على فعله أيضًا، سواء أكان متسببًا بالإغراء أوالتحريض أو التفريط أو الأمر، ويختلف ذلك باختلاف الفعل وأثر التسبب وما يترتب عليه من الضرر.

وهي متفرعة عن قاعدة: «إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر»[١]؛ فالتسبب قد يكون بالأمر، وقد يكون بالدلالة، وقد يكون بغير ذلك.

والقاعدة محل اتفاق بين الفقهاء في أصلها، محكَّمة في مظانها من الفروع والنوازل، والخلاف في بعض فروعها إنما هو من باب تحقيق المناط، وذلك لاختلاف وجهات النظر في اعتبار الأمر صحيحا أو لا حتى يرتفع الضمان، وكذلك تأثير السبب الموجب للضمان، فقد يضمن المتسبب أيضًا لقوة السبب؛ قال القرافي: «إذا اجتمع سببان كالمباشرة والتسبب غلبت المباشرة على التسبب؛ لأن شأن الشريعة تقديم الراجح عند التعارض إلا أن تكون المباشرة مغمورة؛ كقتل المكرَه فإن القصاص يجب عليهما، ولا تغلب المباشرة لقوة التسبب»[٢]، وهذا هو مأخذ الخلاف في قرار الضمان في قتل المكره، وكذلك في إتلاف المكرَه للمال هل يضمن الآمِر المكرِه، أو المأمور، أو هما معًا؟

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٢/٣٢٤.

(٢) الفروق للقرافي ٢/٢٠٨.

أدلة القاعدة :

١- لأن الفاعل هو العلة المؤثرة في الفعل، والآمر إنما يكون بمنزلة السبب، والأصل في المعلولات أن تضاف إلى عللها؛ لأنها هي المؤثرة فيها، لا إلى أسبابها الموصلة إليها؛ لأن الموصل دون المؤثر[١].

٢- قاعدة: «إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر»[٢]. وأدلتها؛ لأن المأمور مباشر والآمر مسبب، والترجيح للمباشرة، فيضاف الفعل للمأمور دون الآمر[٣].

٣- وأما نسبة الفعل إلى الآمر المجبِر، فذلك لأن المأمور بالإكراه صار كالآلة في يد المكرِه، «والفعل يضاف إلى الفاعل، لا إلى الآلة»[٤].

تطبيقات القاعدة :

أولاً : تطبيقات هي أحكام جزئية :

١- لو أمر إنسان غيره بإتلاف مال أو تعييبه؛ كأن قال لآخر: احرق هذه السيارة فأحرقها المأمور مع علمه بأنها ليست له فالضمان على الفاعل لا على الآمر إلا إذا كان الآمر مجبِرًا للفاعل على الفعل[٥].

٢- إذا أمر استشاري التخدير الفني بإعطاء المريض نوعًا من المخدِّر، وفيه ضرر عليه؛ فنفذ الفني كلام الاستشاري مع علمه بأن هذا مضر

---

(١) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٤٤٣.

(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٢/ ٣٢٤ وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٣) الهداية للمرغيناني مع العناية ١٠/ ٣١٥.

(٤) العناية شرح الهداية للبابرتي ٩/ ٢٤٤ وانظر: المبسوط ٢٤/ ٩٢، تبيين الحقائق للزيلعي ٥/ ١٨٦، البحر الرائق لابن نجيم ٨/ ٨٤.

(٥) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٤٤٣، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو ١٢/ ٣٩١.

في هذه الحالة فالضمان عليه، لأنه الفاعل[١]، ويعاقب الطبيب على أمره بذلك تعزيرًا.

٣- من أمر غيره بعقد متعلق بالمأمور نفسه كان المأمور العاقد هو الملتزم بعقده وما يترتب عليه؛ لأنه المباشر دون الآمر[٢].

٤- من أمر غيره بالسرقة، ففعل لم يجب الحد على الآمر، بل على المباشر[٣]، ولكن يعزر الآمر.

٥- لو قال لرجل: اذهب فقل لفلان: يا زاني أو يا ابن الزانية فلا حد على المرسِل؛ لأنه أمره بالقذف ولم يقذف، والأمر ليس بقذف، بل يحد الرسول إن قذف قذفًا مطلقًا[٤].

٦- إذا استأجر أجيرا ليحفر له بئرا في الطريق، فحفره مع علمه أن الطريق ليست ملكا للآمر، فوقع فيها إنسان فمات فالضمان على الحافر؛ لأنه الفاعل[٥].

٧- لو أن راكبا في السيارة أمر السائق بتجاوز الإشارة الحمراء، فأدى ذلك إلى اصطدام السيارة بأحد المارة أو بسيارة أخرى فالضمان على السائق ما لم يكن مكرها؛ لأنه المباشر.

---

(١) انظر: تطبيق القواعد الفقهية على مسائل التخدير المعاصرة للحصين ص ٤٥ نسخة مرقونة.

(٢) انظر: المدخل الفقهي العام للزرقا ٢/١٠٤٤.

(٣) انظر: المغني لابن قدامة ٨/٢٨٨.

(٤) انظر: الجوهرة النيرة للحدادي ٢/١٦٠-١٦١.

(٥) انظر: المبسوط ١٥/٢٧، بدائع الصنائع للكاساني ٧/٢٧٧، العناية للبابرتي ١٠/٣١٢، كشاف القناع للبهوتي ٤/١٢٢.

ثانيًا : تطبيقات هي قواعد متفرعة .

٨٩٠- نص القاعدة: الآمِرُ لا يَضْمَنُ بِالأَمْرِ[١] .

ومن صيغها :

١- لا يضمن الآمر بالأمر[٢].

٢- الآمر لا ضمان عليه بالأمر[٣].

٣- كل موضع لم يصح الأمر لا يضمن الآمر[٤].

٤- كل موضع لم يصح الأمر فالضمان على المأمور من غير رجوع[٥].

٥- كل موضع لا يصح الأمر لا يجب الضمان على الآمر[٦].

٦- متى بطل الأمر لم يضمن الآمر[٧].

شرح القاعدة :

معنى القاعدة : أن من أمر غيره بتصرف من التصرفات الموجبة للضمان؛ كإتلاف مال أحد أو قتله مباشرة أو تسببا أو بارتكاب جريمة أخرى أو بأمر يؤدي

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم مع الغمز ٣/٢١٠، ترتيب اللآلئ لناظر زاده ١/٢٠١، مجمع الضمانات للبغدادي ص ١٥٨، مغيث الحكام لعبد الله السينوي ١/٥٠/أ.

(٢) الفوائد الزينية لابن نجيم ص ١٣٩.

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم مع الغمز ٣/٢٢٢، الدر المختار للحصكفي مع رد المحتار ٦/٢١٤، نظرية الضمان للزحيلي ص ٢٠٢.

(٤) معين الحكام للطرابلسي ص ١٥٦.

(٥) المحيط البرهاني لابن مازه ٨/٢٥١.

(٦) مجمع الضمانات للبغدادي ص ١٥٨، لسان الحكام لابن الشحنة ص ٨٨.

(٧) شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٤٤٣.

إلى الضرر ففعل كان المأمور هو المسؤول الضامن؛ لأنه هو الفاعل باختياره، دون الآمر؛ و«الفعل يضاف إلى الفاعل لا الآمر ما لم يكن مجبرا»[١]؛ لأن تخلل فعل فاعل مختار يقطع نسبة الأثر إلى الآمر[٢].

وانتفاء الضمان عن الآمر، ولزومه على المأمور مقيد بالقيود المذكورة في القاعدة الأصلية، من عدم الإكراه وكون المأمور عاقلا بالغا وعلمه ببطلان الأمر وغير ذلك، والضابط الذي يجمع هذه القيود هو أن: كل موضع لم يصح الأمر فيه، وكان باطلا فالضمان على المأمور، لا الآمر، وكل موضع يصح فيه الأمر حقيقة أو حكما - كأن يكون الآمر أصيلا أو وكيلا أو وليا، أو كان المأمور معذورا بالإكراه ونحوه - فيجب الضمان على الآمر[٣]، وهذا ما نصت عليه الصيغة الأخرى: «كل موضع لم يصح الأمر لا يضمن الآمر»[٤].

وبراءة الآمر من الضمان لا تعني عدم مؤاخذته مطلقا، بل هو شريك في الإثم، وفعله موجب للتعزير البالغ والعقوبة الرادعة له ولغيره عن مثل ذلك، بل قد ينتقل ضمان فعل المأمور إليه عند وجود سبب يستدعي ذلك، وهي أربعة: الإكراه والغرور والنيابة والولاية[٥]، وهذه الأسباب قد تقدم الكلام عليها في قيود القاعدة الأم.

وهذه القاعدة متفرعة عن قاعدة: «يضاف الفعل إلى الفاعل، لا الآمر، ما لم يكن مجبرًا»[٦]، التي هي أعم من حيث إنها تشمل ما يترتب على فعل الفاعل

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١/ ٩٠.

(٢) انظر: الهداية للمرغيناني مع العناية ١٠/ ٣١٦.

(٣) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٤٤٤، ٤٤٥، الوجيز في إيضاح القواعد الفقهية للبورنو ص ٣٧٩.

(٤) معين الحكام للطرابلسي ص ١٥٦.

(٥) ضمان العدوان لمحمد سراج ص ٢٨٠.

(٦) المجلة العدلية وشروحها، مادة: ٨٩.

من الضمان وغيره من الالتزامات والعقوبات؛ كالحدود، فلو أمر رجل غيره بالسرقة، لم يجب الحد على الآمر، بل على المباشر[١].

ومن تطبيقاتها:

١- من أمر غيره بالغصب فغصب، وتلف المغصوب فالضمان على الغاصب دون الآمر[٢].

٢- لو مزق أحد ثوب غيره بأمر شخص آخر ضمن الشخص الممزق، ولا يضمن الآمر ما لم يكن مجبرا[٣].

٣- لو قال لرجل: اقتل أخي فقتله فلا دية على الآمر، بل على الفاعل[٤]، ويعزر الآمر.

٤- لو أن رجلا حفر حفرة وغطاها، وأمر إنسانًا أن يمشي عليها - كما يحدث في العروض والألعاب البهلوانية- فمشى عليها ذلك الإنسان مختارًا للمشي، عالمًا بذلك، ليظهر براعته، فمات، فلا ضمان على آمره بالمشي، ولا على الحافر؛ لأنهم لم يباشروا إتلافه، وإنما هو باشر شيئًا باختياره[٥].

٥- لو استأجر بنّـاء لِيُسقط جداره على قارعة الطريق، ففعل وتلف به إنسان، فلا ضمان على الآمر[٦].

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة ٢٨٨/٨.

(٢) انظر: روضة الطالبين للنووي ٩٧/٧، حاشية الرملي على أسنى المطالب ١٦٨/٢.

(٣) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٥٩٩/٢.

(٤) انظر: الجوهرة النيرة للحدادي ١٣٧/٢، الفتاوى الهندية ٣٠/٦.

(٥) انظر: المحلى لابن حزم ٢٠٨/١١-٢٠٩.

(٦) انظر: رد المحتار لابن عابدين ٢١٤/٦.

٦- لو أمر شخص رجلا بذبح شاة قد باعها من آخر ولم يسلمها، فذبحها الرجل وهو يعلم أنها مبيعة فللمشتري حق تضمينها للذابح، وليس له أن يرجع بذلك على الآمر؛ لأن الآمر لم يغره، فلا يضمن بأمره[١].

٧- لو أمر إنسان بنَّاء بفتح باب في حائط، وفعل الرجل وهو يعلم بأن الحائط ليست للآمر فالضمان على المأمور، وليس له أن يرجع به على الآمر؛ لأن الأمر لم يصح فلا يعتد به[٢].

محمد عمر شفيق الندوي

* * *

(١) انظر: البحر الرائق لابن نجيم ٦/١٢٨، درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١/٩٠-٩١.

(٢) انظر: المحيط البرهاني لابن مازة ٨/٢٥٢، رد المحتار ٦/٢١٤، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ١/٩٦.

رقم القاعدة: ٨٩١

نص القاعدة: المُكْرَهُ يَرْجِعُ عَلَى مُكْرِهِهِ بِالضَّمَانِ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- للمكرَه أن يرجع على الْمُجْبِرِ ببدل المكرَه عليه[٢].

٢- إذا ضمن المكرَه رجع بما غرم على من أكرهه[٣].

قواعد ذات علاقة:

١- يضاف الفعل إلى الفاعل لا الآمر، ما لم يكن مُجْبِرًا[٤]. (أصل للقاعدة).

٢- الإكراه يسقط أثر التصرف فعلا كان أم قولا[٥]. (أصل للقاعدة).

٣- إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر[٦]. (أصل استثنيت منه القاعدة).

---

(١) انظر: حاشية الجمل على المنهج ٢/٥٢٦.

(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٢/٧٢٨.

(٣) الضمان لعلي الخفيف ص ٦٨.

(٤) شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٤٤٣، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ١/٩٠، قواعد الفقه للمجددي ص ١٤١، المدخل الفقهي العام للزرقا ٢/١٠٤٣.

(٥) الأشباه والنظائر للسبكي ١/١٥٠، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٦) درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٢/٣٢٤، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

٤- المتسبب ضامن إذا كان متعديًا[١]. (أعم).

شرح القاعدة:

الإكراه هو: حمل الغير على أمر يمتنع عنه بتخويف يقدر الحامل على إيقاعه ويصير الغير خائفا به[٢].

ومعنى القاعدة: أن من أُكره بغير حق إكراها معتبرا على إتلاف مال أو إيقاع تصرف فلحقه ضرر أو ضمان فإنه يحق له أن يرجع بما غرم وتضرر به على المكرِه.

ولا فرق في ذلك بين أن يكون المتلَف شيئًا مملوكا للغير أو للنفس، فمن أكره على إتلاف مال نفسه رجع بضمانه على المكرِه[٣]، واستثنى الحنفية وطائفة من الفقهاء ما إذا كانت المنفعة تعود إلى المتلِف، فمن أكره على أكل طعام نفسه إن كان جائعا لا رجوع له، وإن كان شبعانا رجع بقيمته على المكرِه؛ لحصول منفعة الأكل له في الأول، لا الثاني[٤].

وتضمين المكرِه، والرجوع عليه بالضمان مقيد بوجود الإكراه التام – وهو الإكراه الملجئ، أما في الإكراه الناقص الذي يمكن تحمله عادة فقرار الضمان على المكرَه؛ قال الكاساني: «المكره على إتلاف مال الغير إذا أتلفه يجب الضمان على المكرِه دون المكرَه إذا كان الإكراه تاما ؛ لأن المتلِف هو المكرِه من حيث المعنى، وإنما المكرَه بمنـزلة الآلة على معنى أنه مسلوب الاختيار،

---

(١) رد المحتار لابن عابدين ٦/٦٠٢.

(٢) كشف الأسرار لعبد العزيز البخاري ٤/٣٨٣.

(٣) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٢١٣، كشاف القناع للبهوتي ٤/١١٦، مطالب أولي النهى للرحيباني ٤/٧١.

(٤) انظر: كشف الأسرار لعبد العزيز البخاري ٤/٣٩٤، الدر المختار للحصكفي مع رد المحتار ٦/١٤١-١٤٢، درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٢/٧٢٨.

فكان التلف حاصلاً بإكراهه فكان الضمان عليه، وإن كان الإكراه ناقصًا فالضمان على المكرَه؛ لأن الإكراه الناقص لا يجعل المكرَه آلة المكرِه؛ لأنه لا يسلب الاختيار أصلا، فكان الإتلاف من المكرَه، فكان الضمان عليه»[١].

والفرق بين الإكراه التام (الملجئ). والناقص (غير الملجئ). عند الحنفية[٢] هو ما نص عليه الكاساني بقوله: «الإكراه نوعان:

نوع يوجب الإلجاء والاضطرار طبعًا؛ كالقتل والقطع والضرب الذي يخاف فيه تلف النفس أو العضو، قلّ الضرب أو كثر، ومنهم من قدره بعدد ضربات الحد، وأنه غير سديد؛ لأن المعول عليه تحقق الضرورة فإذا تحققت فلا معنى لصورة العدد، وهذا النوع يسمى إكراهًا تامًّا.

ونوع لا يوجب الإلجاء والاضطرار؛ وهو الحبس والقيد والضرب الذي لا يخاف منه التلف، وليس فيه تقدير لازم، سوى أن يلحقه منه الاغتمام البيِّن من هذه الأشياء، أعني الحبس والقيد والضرب، وهذا النوع من الإكراه يسمى إكراهًا ناقصًا»[٣].

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ١٧٩/٧.

(٢) أما غير الحنفية من الشافعية ومن وافقهم فهم يقسمون الإكراه إلى قسمين أيضًا، يحملان نفس الاسم، ويختلفان في المضمون، وهما:
الأول: الإكراه الملجئ، وهو الذي يزول معه الاختيار بالكلية، ولا يكون للمكرَه فيه قدرة على الامتناع، كمن ألقي من شاهق على صبي فمات، فهذا يزول معه التكليف بالإجماع، ولا يلحق فعله ضمان ولا غيره ولكن الحنفية لا يسمون هذا النوع إكراها، لامتناع التكليف فيه بالكلية، وزوال القدرة.
الثاني: إكراه لا يعدم الاختيار بالكلية، كمن هدد بالقتل، أو بقطع عضو، أو بالحبس والضرب، ويسمونه إكراهًا غير ملجئ. فالحنفية نظروا إلى ما كان الفعل فيه ممكنًا فقط، وقسّموه إلى ملجئ وغير ملجئ، بخلاف غيرهم. انظر: الإبهاج للسبكي ١٦٢/١، نهاية السول للإسنوي٣٢٢/١، شرح الكوكب المنير لابن النجار الفتوحي ص ١٥٩، ١٦٠، جامع العلوم والحكم لابن رجب ٣٧٠/٢، رفع الحرج للباحسين ص ٢٢٥.

(٣) بدائع الصنائع ١٧٥/٧ وانظر: تبيين الحقائق للزيلعي ١٨١/٥، العناية للبابرتي ٢٣٨/٩-٢٣٩، تكملة البحر الرائق للطوري ٧٩/٨، الدر المختار للحصكفي مع رد المحتار ١٢٨/٦-١٢٩.

وهذا التفريق بالتفصيل المذكور وإن اختص به الحنفية، إلا أن الأصل الذي بُني عليه محل اتفاق بين الفقهاء، وهو أن «الإكراه ضرورة»[1]، ويشترط في الضرورة التي تبيح المحظور: أن تكون المفسدة في المحظور الذي يقدم عليه أنقص من المفسدة الحاصلة في حالة الضرورة، قال السبكي: «الضرورات تبيح المحظورات بشرط عدم نقصانها عنها»[2]، وبناء على ذلك قرر الفقهاء أن «تعاطي ما أكره عليه الشخص راجع إلى قاعدة اجتماع المفاسد،أنه يدفع الأعظم منها باحتمال الأخف»[3]، وذلك «يختلف باختلاف الأشخاص، والأفعال المطلوبة، والأمور المخوف بها فقد يكون الشيء إكراها في شيء دون غيره، وفي حق شخص دون آخر»[4]، وعليه فالإكراه على إتلاف مال الغير ظلما إنما يجوز إذا كان الإكراه بشيء أعظم من المال المتلف، لا إن كان بإتلاف لمالِ المكره بقدر ذلك المال، أو يزيد عليه زيادة قريبة؛ لأنه يكون قد وقى ماله بمال الغير[5].

والقاعدة محل إعمال عند جمهور الفقهاء من حيث الجملة، فالمذهب عند الحنفية هو أن الضمان يجب على المكرِه وحده[6]، لكن إن طولب المكرَه وغَرِم رجع على المكرِه بما غرم[7]، وهو مذهب الشافعية، إلا أن لهم وجهين

---

(١) الجوهرة النيرة للحدادي ٢/٢٥٥، المحلى لابن حزم ٧/٢٠٤.

(٢) الأشباه والنظائر للسبكي ١/٤٥، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٤ وانظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٧٣، ترتيب اللآلئ لناظر زاده ٢/٨٠٦، درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية ١/٣٨، شرح الكوكب المنير لابن النجار ص ٥٩٨.

(٣) المجموع المذهب للعلائي ١/٤١٣ بتصرف يسير.

(٤) المجموع المذهب للعلائي ١/٤٠٧، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٠٩ وانظر: أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٣/٢٨٣، مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٤/٤٧١.

(٥) المجموع المذهب للعلائي ١/٤١٤، القواعد للحصني ٢/٣١٦.

(٦) انظر: الهداية للمرغيناني ٣/٢٧٤، مجمع الأنهر لشيخي زاده ٢/٤٣٣، مجمع الضمانات للبغدادي ص ٢٠٥، اللباب في شرح الكتاب للميداني ٤/١١١.

(٧) انظر: المبسوط ٢٤/٥٤، اللباب للميداني ٤/١٠٩، درر الحكام لعلي حيدر ٢/٧٢٨.

في أن «المكره على إتلاف مال الغير، هل يطالب؟»[١]، «أصحهما: يطالب، لكنه يرجع بالمغروم على الآمر»[٢]. المكرِه؛ لأن قرار الضمان عليه لتعديه[٣]، وللحنابلة ثلاثة أوجه، والمعتمد في المذهب هو أن الضمان على المكرِه وحده، لكن للمستحق مطالبة المتلف، ويرجع به على المكرِه[٤].

وخالف المالكية فذهبوا في الأرجح عندهم إلى أن الضمان يجب على المكرِه والمكرَه معًا، هذا لمباشرته، وهذا لتسببه، لكن المباشر يقدم في الغرم على المتسبب، فلا يتبع المتسبب إلا إذا أعدم المباشر، وكل من غرم شيئًا منهما فلا رجوع له على صاحبه[٥]، وذهب ابن حزم إلى أن الضمان على المكرَه دون غيره؛ بناء على أن «إفساد المال، لا يبيحه الإكراه، فمن أكره على ذلك لزمه الضمان؛ لأنه أتى محرما عليه إتيانه»[٦]، لكن من أكره على أكل مال مسلم جاز له أكله، ويضمنه إن كان له مال حاضر، فإن لم يكن له مال حاضر فلا شيء عليه فيما أكل؛ لأن ذلك هو حكم المضطر[٧].

أدلة القاعدة:

١- لأن المتلِف هو المكرِه من حيث المعنى، وإنما المكرَه بمنزلة الآلة

---

(١) روضة الطالبين للنووي ٦/٣٤٢.

(٢) روضة الطالبين للنووي ٩/١٤٢.

(٣) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٠٤، نهاية المطلب للجويني ١٦/١٢٠، أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٤/٩، مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٥/٢٢٢.

(٤) انظر: القواعد لابن رجب ص ٢٨٦، كشاف القناع للبهوتي ٤/١١٦، مطالب أولي النهى للرحيباني ٤/٧١.

(٥) انظر: حاشية العدوي على الخرشي ٦/١٣٢، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/٤٤٤، منح الجليل لعليش ٧/٨٦.

(٦) المحلى لابن حزم ٧/٢٠٣.

(٧) المحلى ٧/٢٠٤.

في يد المكرِه، على معنى أنه مسلوب الاختيار، فكان التلف حاصلاً بسبب إكراهه، فكان الضمان عليه[١].

٢- لأن المكره متسبب، «والمتسبب ضامن إذا كان متعديًا»[٢].

تطبيقات القاعدة:

١- لو أكره المحرم على قتل صيد في الحرم ضمنه ورجع بما غرمه على مكرهه[٣].

٢- لو أكره الوديعَ ظالمٌ على دفع الوديعة إليه فسلمها له فللمالك تضمين الوديع؛ لمباشرته للتسليم، لكنه يرجع بالضمان على المكرِه[٤].

٣- من أُكرِه على إتلاف مال معصوم بأمر يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه فأتلفه وضمن كان له أن يرجع بضمانه على المكرِه[٥].

٤- لو أكره على أن يهب ماله من فلان، فوهب وسلم وغاب الموهوب له بحيث لا يقدر عليه، كان للواهب أن يرجع على المجبِر بقيمة ذلك المال[٦].

٥- لو أكره شخص غيرَه على أن يأخذ من شخص شيئًا فأخذه، ثم أكرهه

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ١٧٩/٧ بتصرف يسير وانظر: المبسوط ٩٢/٢٤، تبيين الحقائق ١٨٧/٥، البحر الرائق ٨٤/٨، القواعد لابن رجب ص ٢٨٦.

(٢) رد المحتار لابن عابدين ٦٠٢/٦ وانظر: قاعدة: "المباشر ضامن وإن لم يتعمد ولم يتعد، والمتسبب لا يضمن إلا أن يتعدى" في قسم القواعد الفقهية.

(٣) انظر: المجموع للنووي ٣١٧/٧، أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٥١٧/١، نهاية المحتاج للرملي ٣٤٨/٣، مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٣٠٢/٢.

(٤) انظر: تحفة المحتاج للهيتمي ١٢١/٧، مغني المحتاج للشربيني ١٣٨/٤، شرح البهجة الوردية لزكريا الأنصاري ٥٨/٤.

(٥) انظر: مجمع الضمانات للبغدادي ص ٢٠٧ المنثور للزركشي ١٩٠/١، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٠٤.

(٦) انظر: الفتاوى الهندية ٥٣/٥، درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٧٤١/٢.

حتى أخذ منه ذلك الشيء كان للمكرَه الرجوع بالضمان على الْمُكْرِه؛ لأن قرار الضمان عليه[١].

٦- لو أُكره شخص بوعيد قتل ونحوه على أن يطرح ماله في البحر، أو على أن يحرق ثيابه أو داره، ففعل ذلك، فللمكرَه أن يرجع بضمانه على المكرِه؛ لأنه عند تحقق الإلجاء يصير الفعل منسوبًا للمكرِه، فكأنه باشر الإتلاف بيده[٢].

٧- إذا أكره على طلاق زوجته التي لم يدخل بها فطلقها[٣]، رجع بما وجب عليه من نصف المهر المسمى على المكرِه؛ لأنه وجب عليه بسبب إكراهه[٤].

٨- من غصب سيارة، وأكره رجلاً على الذهاب بها إلى مكان كذا فتلفت في يده فإنه يكون طريقا في الضمان، لكنه يرجع بما غرم على المكرِه[٥].

محمد عمر شفيق الندوي

* * *

---

(١) انظر: فتاوى الرملي ٣/٢١٧-٢١٨.

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي ٢٤/٦٩.

(٣) وقوع طلاق المكره محل خلاف بين الفقهاء، فذهب إبراهيم النخعي وقتادة والزهري وأبوحنيفة وجماعة من الفقهاء إلى أنه يقع، وعلل الحنفية ذلك بأن الإكراه يعدم الرضا ولا يعدم الاختيار، إذ المكره عرف الشرين فاختار أهونهما، فيلزم المكره ما لا يعتمد تمام الرضا، كالنكاح والطلاق، إذ الرضا ليس بشرط لصحتهما، ومن أجل ذلك كان الهزل فيهما كالجد وذهب الجمهور إلى عدم وقوع طلاق المكره، واحتجوا بآية النحل: ﴿إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُۥ مُطْمَئِنٌّۢ بِٱلْإِيمَـٰنِ﴾، وذلك لأن الله تعالى لما وضع الكفر عمن تلفظ به حال الإكراه وأسقط عنه أحكام الكفر، فكذلك يسقط عن المكره ما دون الكفر، لأن الأعظم إذا سقط سقط ما هو دونه بطريق الأولى، وغيرها من الأدلة الدالة على سقوط حكم التصرف بالإكراه. انظر: فتح الباري لابن حجر ٩/٣٩٠، عمدة القاري للعيني ٢٠/٢٥٠، شرح السنة للبغوي ٩/٢٢١-٢٢٢، مرقاة المفاتيح للملا علي قاري ٥/٢١٤١، المبسوط للسرخسي ٦/١٧٧-١٧٨، المغني لابن قدامة ٧/٢٩١.

(٤) انظر: رد المحتار لابن عابدين ٣/٢٣٦، درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٢/٧٢٨.

(٥) انظر: نظيره في حاشية الشرواني على تحفة المحتاج ٦/١٤، حاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج ٥/١٥٦.

رقم القاعدة: ٨٩٢

نص القاعدة: الأَمْوَالُ لَا تُجْبَرُ إِلَّا بِالأَمْوَالِ[1].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- الأموال لا تجبر إلا بجابر مالي[2].

٢- لا تجبر الأموال إلا بالمال[3].

القواعد ذات العلاقة:

١- الجبران إنما يتصور بعد بقاء الأصل[4]. (مكملة).

٢- أعواض المتلفات مبناها على جبران الفائتات[5]. (مكملة).

٣- تضمن المنافع بأجور الأمثال إذا تعذر رد الأعيان[6]. (مكملة).

٤- البدل يكون على صفة الأصل ونهجه[7]. (أعم).

---

(١) الذخيرة للقرافي ٨/٢٨٩.
(٢) قواعد الأحكام للعز ابن عبد السلام ١/١٥١.
(٣) الفروق للقرافي ١/٢١٤، ترتيب الفروق للبقوري ١/٤١٩.
(٤) الفروق للكرابيسي ٢/١١.
(٥) قواطع الأدلة للسمعاني ٢/١٨٠.
(٦) قواعد الأحكام للعز ابن عبد السلام ١/١٥٢.
(٧) الفتاوى الهندية للشيخ نظام ومجموعة من علماء الهند ٥/٣٠٧ وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

٥- الجابر بقدر الفائت[(١)]. (تكامل).

٦- الأصل أن من أتلف مثليا فعليه مثله[(٢)]. (مكملة).

٧- الأصل أن من أتلف مقوما فعليه قيمته[(٣)]. (مكملة).

٨- الأصل رد الحقوق بأعيانها عند الإمكان[(٤)]. (مكملة).

شرح القاعدة:

الجَبْرُ: خلاف الكسر، وأصله «إصلاح الشيء بضرب من القهر، يقال جبرته فانجبر واجتبر، وقد قيل: جبرته فجبر»[(٥)] واسم الفاعل منه الجابِرُ.

والجابر في اصطلاح الفقهاء ما يشرع «لاستدراك المصالح الفائتة»[(٦)] من مصالح حقوق الله وحقوق عباده»[(٧)] فيدخل في هذا الإطلاق الجوابرُ المتعلقة بالعبادات والمتعلقة بالأموال والمتعلقة بالجناية على الأنفس والأعضاء ومنافع الأعضاء والجراح[(٨)].

إلا أن المعنى المستفاد من هذه القاعدة يقيِّد عموم هذا الإطلاق بما إذا كان محل المجبور من هذه المتعلقات مالا لا غيره، ومن ثم خرج ما سوى الأموال، سواء ما يجبر بالمال وما لا يجبر به، فالصلاة مثلاً لا تجبر بالمال كما يجبر الصوم أو الحج[(٩)].

(١) انظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.
(٢) إيضاح المسالك للونشريسي القاعدة ٨٩ ص ١٣٦، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.
(٣) نفس المرجع السابق.
(٤) انظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.
(٥) المفردات في غريب القرآن للراغب الأصفهاني ص ٨٥، وانظر تاج العروس للزبيدي ١٠/٣٤٧.
(٦) الفروق للقرافي ١/٣٦٧، الذخيرة له أيضا ٣/٣٠١.
(٧) قواعد الأحكام للعز ابن عبد السلام ١/١٥٠.
(٨) انظر: قواعد الأحكام للعز ابن عبد السلام ١/١٥٠، المحلى لابن حزم ٨/١٥١ وما بعدها.
(٩) انظر: عمدة القاري للعيني ٥/٩٤، مغني المحتاج للشربيني ٤/٣٦٤.

ومصطلح الجابر - وجمعه: الجوابر - ينصرف في غالب إطلاق الفقهاء إلى جبر النقصان الحاصل في العبادات أو الأموال إلخ حيث يراد منه جبر الفائت، أي الناقص مع بقاء الأصل، وهذا المعنى هو ما جاء في القاعدة: «الجُبران إنما يتصور بعد بقاء الأصل». إلا أن هذا المصطلح ليس قاصرًا على المعنى المذكور فقط، لأنه قد يرد عند الفقهاء بمعنى أعم، بحيث يشمل ضمان المتلفات بأمثالها أو قِيَمِها، كما هو منطوق القاعدة: «أعواض المتلفات مبناها على جبران الفائتات»، قال السمعاني في معرض التمثيل لهذه القاعدة: «كالمثلي إذا ضُمن بالمثل، وكالقيمة إذا وجبت جبرًا»[1]. فـ «الأصل أن من أتلف مثليًّا فعليه مثله»، و«الأصل أن من أتلف مقوَّما فعليه قيمته»، وهذا ما عبر عنه العز بن عبد السلام رحمه الله في قاعدةٍ جمعت القاعدتين السابقتين حين قال: «الأصل في الضمان أن يُضمن المثلي بمثله، والمتقوم بقيمته، فإن تعذر المثل رجع إلى القيمة جبرًا للمالية»[2].

وبيانًا للمعنى الأعم لمصطلح الجبران قال العز بن عبد السلام في سياق شرحه لقاعدة «تضمن المنافع يأجور الأمثال إذا تعذر رد الأعيان»: «لها حالان:

أحدهما: أن تكون من ذوات الأمثال؛ فتجبر بما يماثلها في المالية وجميعِ الأوصاف الخِلقية كضمان البُّر بالبر والزيت بالزيت إلخ، وإنما يجب جبرها بها لقيامها مقامها من جميع الوجوه وجميع الأعراض، فإن الأعيان إذا تساوت في قدر المالية وفي الأوصاف الخِلقية فقد حصل الجبر بما يقصده العقلاء من المالية والأوصاف وجميع الأعراض.

ثانيهما: أن تكون العين من ذوات القِيَم كالشاة والبعير والفرس، فيجبر

(١) قواطع الأدلة للسمعاني ٢/ ١٨٠.

(٢) قواعد الأحكام للعز ابن عبد السلام ٢/ ١٩٥.

كل واحد منها بما يماثله في القيمة والمالية، لتعذر جبره بما يماثله في سائر الصفات، فإن أتلفه متلف ليس في يده، بأن أحرق دارًا ليست في يده، أو أتلف دابة في يد راكبها، فإنه يَجْبُرُ ذلك بقيمته وقت إتلافه؛ لأنها هي التي فوتها[1]. وقد عبَّر أيضًا عما تم التنويه به.من أن معنى الجبر في هذه القاعدة لا يقتصر على جوابر النقص بعبارة موجزة فقال: «الضمان من الجوابر»[2].

وإذا كان من المجبورات ما يجبر بالمال، وما يجبر بالعمل البدني، وما يجبر بهما معًا[3]. فإن القاعدة جازمةٌ بأن جبر ما هو ماليٌّ لا يجزئ فيه إلا الجابر المالي، فلا يُجبر مالٌ بكفارة صيام مثلاً، ومن ثم ساق الإمام القرافي الصيغة المختارة على سبيل الجزم وبصيغة الحصر - في معرض حديثه عن أنواع المجبورات وما تُجبر به - فقال: «الأموال لا تجبر إلا بالأموال»[4].

ولا يُشكل على مدلول القاعدة جبر النسك بالنسبة إلى المحرم إذا ارتكب محذور الصيد، حيث لم يضطرد حكمها، لأن الإمام العز ابن عبد السلام قد بيَّن وجه الفرق، فقال: «ولا يجوز القياس على جبر الصيد بالمثل من النعم؛ فإن ذلك تعبد حائد عن قواعد الجبر»[5]، ومن وجوه حياده عن قواعد الجبر أنه مالٌ، ومع ذلك خُيِّر فيه المكلف بين المثل والإطعام - وهما جابران ماليان - وبين الصيام وهو جابر بدني.

---

(١) انظر: قواعد الأحكام للعز ابن عبد السلام ١/١٥٢-١٥٣، الفروق للقرافي ١/٣٦٩، تهذيب الفروق للبقوري ١/٤١٩.

(٢) انظر: قواعد الأحكام للعز ابن عبد السلام ٢/٣ وفي نفس السياق يقول علاء الدين البخاري: "والغصب يوجب رد العين ورد القيمة عند تعذر رد العين بطريق الجبر" كشف الأسرار لعلاء الدين البخاري ١/٢٨٦، وهو ما بينه ابن أمير الحاج بقوله: "الغصب عند الفوات سبب الضمان مقصودًا جبرًا للفائت رعاية للعدل" التقرير والتحرير ١/٤١٠، وانظر: تيسير التحرير ١/٣٨٤.

(٣) انظر المنثور للزركشي ٢/٨-٩، الذخيرة للقرافي ١٢/٣٨١.

(٤) الذخيرة ٨/٢٨٩.

(٥) قواعد الأحكام للعز ابن عبد السلام ١/١٥٠، الذخيرة للقرافي ١٢/٣٨١.

والحاصل أن المال لا يجبر إلا بمال مثله، سواء كان الجبران لما نقص منه أو كان بدلا عن العين التالفة، وهذا المعنى هو ما تشير إليه القواعد: «الجابر بقدر الفائت» و«البدل يكون على صفة الأصل ونهجه» و«الأصل رد الحقوق بأعيانها عند الإمكان»، يقول العز ابن عبد السلام في القاعدة الأخيرة: «وأما الجوابر المتعلقة بالأموال؛ فالأصل رد الحقوق بأعيانها عند الإمكان، فإذا ردها كاملة الأوصاف برئ من عهدتها، وإن ردها ناقصة الأوصاف جبر أوصافها بالقيمة[١]؛ لأن الأوصاف ليست من ذوات الأمثال»[٢]، وقد بين السرخسي - قبله - أن: «الجبران في المثل أتم؛ لأن فيه مراعاة الجنس والمالية، وفي القيمة مراعاة المالية فقط، فكان إيجاد المثل أعدل إلا إذا تعذر ذلك فحينئذ يصار إلى المثل القاصر، وهو القيمة للضرورة»[٣].

والقاعدة لا يتصور فيها خلاف بين الفقهاء نظرا لأنها معقولة المعنى، ومجال إعمالها أبواب الضمان.

أدلة القاعدة :

أولاً : جبر ما نقص من المال :

حديث أنس أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه، كتب له فريضة الصدقة التي أمر بها الله رسوله ﷺ: «من بلغت عنده من الإبل صدقة الجَذَعة[٤]، وليست عنده جذعة، وعنده حُقة[٥]، فإنها تقبل منه الحقة، ويَجعل معها شاتين

---

(١) قال القرافي: "وإن ردها ناقصة الأوصاف جبرت بالمال" الذخيرة ١٢/٣٨١-٣٨٢.
(٢) قواعد الأحكام للعز ابن عبد السلام ١/١٥٠.
(٣) المبسوط ١١/٥٠.
(٤) الجَذَعَة: "لها أربع سنين وطعنت في الخامسة، وسميت جذعة لأنها تجذع مقدم أسنانها، أي تسقطه، وقال الأصمعي: لأن أسنانها بعد ذلك لا تسقط" كفاية الأخيار للحصيني ص ١٧٥.
(٥) الحقة: "بكسر الحاء هي الناقة التي استكملت ثلاث سنين ودخلت في الرابعة، سميت بها لاستحقاقها الحمل والركوب" دستور العلماء لأحمد نكري ٢/٣٠.

إن استيسرتا له أو عشرين درهما، ومن بلغت عنده صدقةُ الحقة، وليست عنده الحقة، وعنده الجذعة، فإنها تقبل منه الجذعة، ويعطيه المصدق عشرين درهما أو شاتين، ومن بلغت عنده صدقةُ الحقة، وليست عنده إلا بنت لبون[١]، فإنها تقبل منه بنت لبون، ويعطى شاتين أو عشرين درهما، ومن بلغت عنده صدقةُ بنت لبون، وعنده حقة، فإنها تقبل منه الحقة، ويعطيه المصدق عشرين درهمًا أو شاتين، ومن بلغت صدقته بنت لبون، وليست عنده، وعنده بنت مخاض[٢]، فإنها تقبل منه بنت مخاض، ويعطى معها عشرين درهما أو شاتين»[٣].

ووجه الدلالة من هذا الحديث أن النبي ﷺ حدد الجابر في الحالات الواردة في الحديث بما هو مال ولم يشرع للمزكي جابرًا غير مالي كالصيام مثلا، فدل ذلك على أن المال لا يجبر إلا بما هو مال قال الزركشي - بعد أن حدَّد أن الجبران ثلاثة أنواع: «الثاني: ما لا يجبر إلا بالمال فقط كما في سنن الزكاة»[٤].

ثانيًا: جبر التالف من المال:

فعن أنس قال: كان النبي ﷺ عند بعض نسائه؛ فأرسلت إحدى أمهات المؤمنين بصَحفة[٥] فيها طعام، فضربت التي النبي ﷺ في بيتها يد الخادم

---

(١) "هي التي من جنس الإبل استكملت سنتين ودخلت في الثالثة، وإنما سميت بها لأن أمها صارت ذات لبن بأخرى" دستور العلماء لأحمد نكري ١/١٧٣، قواعد الفقه للبركتي ص ٢١٠.

(٢) "هي التي حملت أمُّها وهي في السنة الثانية، والماخض الناقة الحامل" مقدمة فتح الباري لابن حجر ١/١٨٦.

(٣) رواه البخاري في صحيحه ٢/١١٧ (١٤٥٣).

(٤) المنثور ٢/٨.

(٥) الصَّحفة: هي إناء كالقصعة المبسوطة لكنها دونها، وجمعها صحاف، وهي تَسَع ما يشبع خمسة، والقصعة تشبع عشرة انظر شرح النووي على مسلم ١٣/١٩٣، سبل السلام للصنعاني ١/٢٩.

فسقطت الصَّحفة فانفلقت، فجمع النبي ﷺ فلق الصحفة ثم جعل يجمع فيها الطعام الذي كان في الصحفة ويقول: «غارت أمكم» ثم حبس الخادم حتى أتى بصحفة من عند التي هو في بيتها، فدفع الصحفة الصحيحة إلى التي كُسرت صحفتها وأمسك المكسورة في بيت التي كَسرت[١]، وقد ساق ابن رشد هذا الحديث في باب الضمان، وله روايات عديدة، في بعضها أن عائشة رضي الله عنها قالت لرسول الله ﷺ: ما كفارة ما صنعتُ؟، قال: «إناء مثل إناء، وطعام مثل طعام»[٢].

ووجه الدلالة من الحديث أن عائشة رضي الله عنها سألت النبي ﷺ عن كفارة ما صنعت؛ وهو كسرها الصفحة، فلم يقل لها مثلاً: استغفري الله، أو صومي ثلاثة أيام أو غير ذلك؛ بل أمرها أن ترد مثل الذي كسرت، أي مالا بمال مثله.

تطبيقات القاعدة :

١- إذا أتلف شخص دابة في يد راكبها أو غير ذلك من الأعيان ذوات القيم كالشاة والبعير والفرس، فعليه جبر ذلك بقيمته وقت إتلافه لأنها هي التي فوتها[٣]. والأموال لا تجبر إلا بالأموال.

٢- اختلف فيمن غصب حنطة واتخذ منها هريسة، فقيل: تجعل كالهالكة ويغرم مثلها أو قيمتها، وقيل: يردها مع أرش النقصان وقيل: يردها مع أرش النقصان وليس للمالك إلا ذلك، وقيل: يتخير المالك بينه وبين أن يغرمه بدل ماله من مثل أو قيمة ويجعل كالهالك[٤]، وفي كل

---

(١) رواه البخاري في صحيحه ٣٦/٧ (٥٢٢٥).

(٢) رواه أحمد ٤٢/٧٨-٧٩ (٢٥١٥٥)، وأبو داود ٢٠٥/٤ (٣٥٦٣)، والنسائي ٧١/٧ (٣٩٥٧).

(٣) انظر: قواعد الأحكام للعز ابن عبد السلام ١٥٣/١.

(٤) انظر: الشرح الكبير للرافعي ٢٩٦/١١-٢٩٦.

الأحوال فإن الجابر لابد أن يكون مالا لأن الأموال لا تجبر إلا بالأموال.

٣- «من غصب ماء في المعاطش»[١] فإن جماعة من العلماء يُضَمِّنُونَهُ القيمة في محل غصبه؛ فلا تجبر الأموال إلا بالمال»[٢].

٤- إذا فات شيء من الأعيان ذوات القيم تحت اليد الضامنة بتفويت الضامن أو بتفويت غيره أو بآفة سماوية، فإنه يخير عند الشافعي رحمه الله بقيمته أكبر ما كانت من حين وضع يده إلى حين الفوات تحت يده، لأنه مطالب برده في كل زمان، فلذلك وجب عليه أقصى قيمة[٣]، والجابر هنا مال لأن الأموال لا تجبر إلا بالأموال.

٥- إذا رهن شخص رهنا في دَين فمات المرتهن عن ورثة وتركة، ولم يوجد الرهن في تركته وجب ضمان قيمة الرهن في تركة الميت؛ ويقبض الورثة من الراهن مقدار الدَّين[٤]. والمرهون مال فلا يجبر إلا بما هو مال.

٦- إذا أسلم رجل إلى رجل سلما فاسداً وأراد أن يرتجع رأس المال وقد استهلكه المسلَم إليه كان له عليه نقدٌ مثل نقده الذي وزنه كالعين والوَرِق، وكذلك ما كان من ذوات الأمثال كالمكيل والموزون، وإن كان من ذوات القيم كالعروض والحيوان فعليه قيمته[٥]؛ لأنه لا تجبر الأموال إلا بالأموال.

---

(١) "المعاطش: مواقيت الظمأ، واحدها معطش" لسان العرب لابن منظور ٣١٨/٦.

(٢) إدرار الشروق لابن الشاط ٣٧٠/١، تهذيب الفروق ٢١٢/١.

(٣) انظر: قواعد الأحكام للعز ابن عبد السلام ١٥٣/١.

(٤) انظر: تنقيح الفتاوى الحامدية لابن عابدين ٤٩٣/٦.

(٥) التحرير لأبي طالب الهاروني ص ٤٣٩.

٧- إذا خالع رجل امرأته على أن ترد عليه جميع ما قبضت منه من المهر؛ وكانت المرأة قد باعت ما قبضت أو وهبته حتى تعذَّر عليها رد ذلك على الزوج؛ كان عليها قيمة المقبوض إن كان من ذوات القيم، وإن كان من ذوات الأمثال كان عليها مثل ذلك(١)، فالمقبوض الفائت هنا مال، ولا تجبر الأموال إلا بالأموال.

٨- إذا أفسد الصبي مالا لغيره وجب على وليه إخراج الجابر من مال الصبي، فإذا بلغ الصبي ولم تكن القيمة أخذت من ماله وجب عليه إخراجها من ماله بعد بلوغه(٢)، فما أفسده الصبي هنا مال ولا تجبر الأموال إلا بالأموال.

د. رحال إسماعيل بالعادل

* * *

---

(١) انظر: الفتاوى الهندية ١/٤٩٠.

(٢) انظر: الفروق للقرافي ١/١٦٤، مواهب الجليل للحطاب ١/٦٣.

رقم القاعدة: ٨٩٣

نص القاعدة: الأَصْلُ أَنَّ الوَاجِبَ لا يَتَقَيَّدُ بِوَصْفِ السَّلامَةِ، وَالـمُبَاحَ يَتَقَيَّدُ بِهِ[١].

صيغ أخرى للقاعدة[٢]:

١- الواجب فعله لا يتقيد بوصف السلامة والمباح يتقيد به[٣].

٢- إقامة الواجب لا تتقيد بشرط السلامة[٤].

٣- الواجبات لا تتقيد بوصف السلامة[٥].

---

(١) الأشباه والنظائر لا بن نجيم ص ٣٢٣، رد المحتار ٦/٥٦٥، مغيث الحكام لعبد الله السينوي ٥٤/ب، مجمع الضمانات ص ١٦٦، ١٦٧.

(٢) ومن صيغها كذلك:
- فعل المأمور لا يتقيد بشرط السلامة فتح القدير٥/٣٥٢، كنز الدقائق مع تبيين الحقائق ٣/١٩٢.
- صنوان القضاء للأشفورقاني ٢/٣٨٠.
- لكل أحد الانتفاع بالمباح لكنه مشروط بعدم الإضرار بالعامة درر الحكام لعلي حيدر ٣/٢٧٨.
- الأفعال المباحة إنما تجوز بشرط عدم إيذاء أحد. ترتيب اللآلي في سلك الأمالي لناظر زاده ١/١٠٤.
- المباح يتقيد بشرط السلامة فتح القدير لابن الهمام ٥/٤٥٠، البحر الرائق ٥/٨٢، حاشية ابن عابدين ٤/١٣٠.
- الانتفاع بالمباح إنما يجوز إذا لم يضر بأحد تبيين الحقائق للزيلعي ٧/٣١٤.
- المباح يتقيد بوصف السلامة مغيث الحكام لعبد الله السينوري ٥٤/ب.
- الانتفاع بالمباح لا يجوز إلا إذا كان لا يضر بالعامة تكملة البحر الرائق للطوري ٨/٢٤٢.
- ما يباح للمرء شرعا لمنفعة نفسه يتقيد بشرط السلامة المبسوط ٣٠/٤٨.

(٣) انظر: التحقيق الباهر لهبة الله أفندي ٢/٥٨٩.

(٤) تبيين الحقائق ٦/١٢١.

(٥) الهداية مع العناية ١٠/٢٦٠.

٤- المباحات تتقيد بشرط السلامة[١].

٥- المباح مقيد بالسلامة فيما يمكن الاحتراز عنه لا فيما لا يمكن[٢].

٦- المباح مقيد بشرط السلامة في حق الغير[٣].

٧- المباح مقيد بشرط السلامة[٤].

قواعد ذات علاقة:

١- الحرج مرفوع، غير مقصود[٥]. (أعم من الشطر الأول).

٢- لا ضرر ولا ضرار[٦]. (أعم من الشطر الثاني).

٣- الجواز الشرعي ينافي الضمان[٧]. (أصل مقيد بالشطر الثاني).

٤- ما كان بإذن الإمام كان مباحًا مطلقًا غير مقيد بالسلامة[٨]. (استثناء من الشطر الثاني للقاعدة).

---

(١) المبسوط للسرخسي ٩/٦٥.
(٢) تبيين الحقائق للزيلعي ٧/٣١١.
(٣) انظر: البحر الرائق ٨/٤١٠.
(٤) تبيين الحقائق للزيلعي ٧/٣٠٣.
(٥) انظرها بلفظها في قسم القواعد المقاصدية.
(٦) لفظ حديث رواه أحمد في مسنده ٥/٥٥(٢٨٦٥) وابن ماجه في سننه ٢/٧٨٤ (٢٣٤١) والطبراني في الكبير ١١/٢٢٨ (١١٥٧٦) من حديث ابن عباس رضي الله عنه، ورواه الحاكم في المستدرك ٢/٦٦ (٢٣٤٥)، والدارقطني في سننه ٤/٥١ (٣٠٧٩) والبيهقي في سننه ٦/١١٤ (١١٣٨٤) من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه، وقال الحاكم: صحيح الإسناد ولم يخرجاه ووافقه الذهبي وقد روي من حديث غيرهما من الصحابة انظر: نصب الراية ٤/٣٨٤ وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.
(٨) حاشية ابن عابدين ٧/٣٣٨، مجلة الأحكام العدلية وشروحها، المادة ٩١ وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.
(٨) إبراز الضمائر على الأشباه والنظائر للأزميري ١/٣٧٢ وبألفاظ أُخر: "المتولد من مأذون فيه لا أثر له" الأشباه للسيوطي ص١١١، بدائع الصنائع ٧/٣٠٥، "ما أُذن فيه لا تضمن سرايته" الفروع لابن مفلح ٤/٤٥١.

٥- المملوك يباح لمالكه الانتفاع به بشرط السلامة[١]. (أخص).

٦- ما يكون حقًّا للجماعة يباح لكل واحد استيفاؤه بشرط السلامة[٢]. (متفرعة).

٧- التعزير إنما يباح بشرط سلامة العاقبة[٣]. (أخص).

٨- سراية الحد ليست مضمونة[٤].(أخص).

٩- تصرف الإنسان في خالص حقه إنما يصح إذا لم يتضرر به غيره[٥]. (أخص).

شرح القاعدة :

الواجب: هو ما طُلِب من المكلف الإتيان به على سبيل اللزوم والحتم، وتركه حال السعة والاختيار يوجب العقاب، والمباح: هو ما خُيِّرَ فيه المكلف بين الفعل والترك، فلا يتعلق بفعله أو تركه ثواب ولا عقاب باعتبار الأصل.

هذه القاعدة تتكوّن من شطرين:

الشطر الأول: (أن الواجب يتقيد بوصف السلامة) ومعنى هذا الشطر أن مَن يباشر عملاً واجبًا عليه فإنه لا يلزم تقييد فعله بسلامة العاقبة؛ لأنه ملزم بتأديته وليس له أن يتخلى عنه، فإذا ترتب على الإتيان به ضرر بالغير أو حصلت

(١) تبيين الحقائق للزيلعي ٣٠٣/٧.

(٢) المبسوط للسرخسي ١٨٨/٢٦ وبلفظ آخر: "استعمال الحق مقيد بشرط السلامة" التشريع الجنائي الإسلامي لعبد القادر عودة ٢٨٥/١.

(٣) المنثور ٢١٨/٢ وبلفظ آخر "التعزير جائز بشرط سلامة العاقبة" مواهب الجليل للحطاب ٣٢١/٦، الذخيرة ١١٩/١٢، شرح التلخيص للجويني ٣٤٣/١ "التعزير جائز بشرط السلامة" جامع الأمهات لابن الحاجب ٥٢٥/١ "التأديب مشروط بسلامة العاقبة" المجموع ٩٢/٧، المنثور ٢١٨/٢.

(٤) شرائع الإسلام للحلي ١٦٤/٤.

(٥) حاشية ابن عابدين ٢٧٨/٧، العناية للبابرتي ٨١/١١ وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

بسببه جناية فإن الفاعل له لا يضمن ذلك ما لم يثبت أنه تعدى أو فرط في الصفة اللازمة لأداء هذا الواجب فإنه يضمن حينئذ لتعديه أو تفريطه، وسواء أكان الوجوب بإيجاب الشرع أم بإيجاب العقد، مثال الأول: الحاكم إذا أقام حدا من الحدود فترتب على إقامته له ضرر، كما لو قطع يد السارق فسرى القطع إلى نفسه فمات بسبب ذلك أو أدى القطع إلى فساد أكثر من العضو المقطوع - فإنه لا يضمن هذا الضرر لأنه يقوم بفعل واجب فلا يلزمه سلامة العاقبة، ومثال الثاني الطبيب الذي يؤدي ما وجب عليه فعله بالعقد فيتلف بفعله شيء من أعضاء الإنسان فإنه لا ضمان عليه إذا كان ذلك بالإذن ولم يجاوز الموضع المعتاد وكان ماهرًا في فنه.

الشطر الثاني: (أن المباح يتقيد بوصف السلامة) ويقرر هذا الشطر من القاعدة أن مَن يقوم بأمر مباح له فعله فإنه يتحمل ما ينتج عنه من آثار ضارة بالغير فيضمن ما يحدث من ورائه من تلف ونحوه فيلزمه الاحتراز عما يغلب على ظنه أن يَجُرَّ إلى غيره من أذًى، كالسير في الطريق واستعمال المرافق العامة فإن ما يترتب عليه من نحو إصابة أحد المارة أو إتلاف شيء له - مضمون على من وقع منه مع كون الفعل مأذونا فيه إلا أن الإذن فيه مقيد بشرط سلامة العاقبة كما يقرر هذا الشطر من القاعدة.

فيشمل (المباح) كل تصرف يباح للإنسان فعله سواء كان تصرفًا في ملكه الخاص كالتصرف في الأملاك الخاصة، أو كان تصرفا في ملكٍ مشترك مع الغير كالسير في الطريق والانتفاع بالمرافق العامة، أو كان حقا من حقوقه كتأديب ولده وزوجه الناشز، إلا أنه يستثنى من حكم القاعدة ما لا يمكن التحرز عنه مما يكون حقًا مشتركًا؛ «لأن ما يستحق على المرء شرعا يعتبر فيه الوسع ولأنا لو شرطنا عليه السلامة عما لا يمكن التحرز عنه تعذر عليه استيفاء حقه؛ لأنه لا يمتنع من المشي والسير على الدابة مخافة أن يقتل بما لا يمكن التحرز عنه، فأما

ما يستطاع الامتناع عنه لو شرطنا عليه صفة السلامة من ذلك لا يمتنع عليه استيفاء حقه، وإنما يلزمه به نوع احتياط في الاستيفاء»[١]. ولأن في ذلك حرجًا بينًا، والحرج مرفوع.

كما يستثنى منها التصرف في الأملاك الخاصة على قول من يقول: كل من تصرف في خالص ملكه لا يمنع منه في الحكم وإنْ لحِق بالغير الضرر، كما هو المشهور عن أبي حنيفة رحمه الله[٢]، والجمهور على أن تصرف الإنسان في خالص حقه إنما يصح إذا لم يتضرر به غيره[٣].

والملاحظ أن تقيد المباح بوصف السلامة يتعارض مع ما تقرر عند الفقهاء من أن «الجواز الشرعي ينافي الضمان» إذ الجواز الشرعي يشمل ما كان مباحًا؛ فتكون قاعدة الجواز الشرعي مقيَّدة بالقاعدة التي بين أيدينا، فكل ما كان مقيدًا بوصف السلامة من المباحات فإنه لا يندرج تحت تلك القاعدة فيكون مضمونًا.

ولقد خرج الفقهاء على هذه القاعدة عدة أمور من أهمها: «ما يكون حقًّا للجماعة يباح لكل واحد استيفاؤه بشرط السلامة»[٤] «استعمال الحق مقيد بشرط السلامة»[٥] «الارتفاق بالطريق مشروط بسلامة العاقبة»[٦].

والفقهاء يختلفون فيما بينهم، بل على مستوى المذهب الواحد - في

---

(١) المبسوط للسرخسي ٢٦/١٨٨.

(٢) إلا أن المتأخرين من أصحابه على خلافه، وهو الفتوى في المذهب انظر: غمز عيون البصائر ١/٢٨٢.

(٣) انظر: تفصيل مذاهب العلماء في هذه المسألة في قاعدة "تصرف الإنسان في خالص حقه إنما يصح إذا لم يتضرر به غيره" في قسم القواعد الفقهية.

(٤) المبسوط للسرخسي ٢٦/١٨٨.

(٥) التشريع الجنائي الإسلامي لعبد القادر عودة ١/٢٨٥.

(٦) حاشية البجيرمي ٤/٢٤٤ وبألفاظ أخر: "الارتفاق في الطريق إنما يجوز بشرط سلامة العاقبة" المنثور ٢/٢١٨.

تحديد الحقوق التي تتقيد بوصف السلامة والتي لا تتقيد بها بالنظر إلى ما تبنى عليها الأحكام، ومثال ذلك اختلافهم في تقييد التعزير والقصاص بوصف السلامة، فمنهم من ذهب إلى عدم التقييد بذلك الوصف؛ لما في ذلك من سد باب التأديب ومنع استيفاء الحقوق من قبل المستحِق، ومنهم من ذهب إلى تقييدهما بذلك؛ ودليله أن العفو فيهما جائز فيكون الفعل مباحا كالاصطياد(١).

والقاعدة من قواعد الضمان، وهي شاملة لكل واجب أو مباح أمكن أن يترتب عليه ضرر.

أدلة القاعدة :

أولاً : أدلة الشطر الأول من القاعدة «الواجب لا يتقيد بوصف السلامة» :

١- قاعدة: «الحرج مرفوع»، وأدلتها؛ لأن في إلزام المكلف بضمان ما يترتب على الواجبات اللازمة عليه حرجًا ومشقة بينتين.

٢- قاعدة «الجواز الشرعي ينافي الضمان» وأدلتها؛ إذ هذا الشطر من القاعدة فرع عنها.

٣- لم يتقيد الواجب بشرط السلامة؛ لأن التكليف بالشيء ينفي اشتراط السلامة فيما يتولد منه؛ لأن الاحتراز عنه غير ممكن بخلاف التخيير بين فعل الشيء وتركه فلا ينفي اشتراط السلامة؛ لإمكان الاحتراز عنه(٢).

---

(١) تنظر المسألة بالتفصيل في: المبسوط ١٤٧/٢٦، مجمع الضمانات ص ١٦٦، منح الجليل ٥٥٦/٤، المهذب ٢٩٠/٢، المغني ٣٢٦/٨.

(٢) انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي ٢٩٧/٢، ٢٩٩.

ثانيًا : أدلة الشطر الثاني من القاعدة «المباح يتقيد بوصف السلامة» :

١- عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما عن النبي ﷺ قال: «من أكل البصل والثوم والكراث فلا يقربن مسجدنا»[(١)]. فيدل هذا الحديث على أن أكل الثوم والبصل والكراث وكل ماله رائحة كريهة من المأكولات وغيرها ليس به بأس إلا أن إباحة أكله مقيدة بعدم إيذاء الآخرين برائحته بدليل قوله ﷺ: «فلا يقربن مسجدنا»، فتبين من هذا أن فعل المباح مقيد بوصف السلامة[(٢)].

٢- عن محمد بن علي عن سمرة بن جندب ـ رضي الله عنه ـ أنه كانت له عضد من نخل في حائط رجل[(٣)] من الأنصار قال: ومع الرجل أهله قال: فكان سمرة يدخل إلى نخله فيتأذى به ويشق عليه، فطلب إليه أن يبيعه فأبى، فطلب إليه أن يناقله فأبى، فأتى النبي ﷺ فذكر ذلك له، فطلب إليه النبي ﷺ أن يبيعه فأبى، فطلب إليه أن يناقله فأبى، قال: فهبه له ولك كذا وكذا أمرا رغبة فيه فأبى، فقال: «أنت مضار». فقال رسول الله ﷺ للأنصاري: «اذهب فاقلع نخله»[(٤)].

فقول النبي ﷺ لسمرة: «أنت مضار» أي تريد إضرار الناس وإلحاق الأذى بهم بدخولك عليهم لأجل تعهد نخلك الذي في أرضهم مع إمكانية دفع ذلك الأذى ورفعه ببيع نخله أو هبته، فدل ذلك على أن

---

(١) رواه البخاري ١/ ١٧٠ (٨٥٤)، ومسلم ١/ ٣٩٥ (٥٦٤)/(٧٤) واللفظ له.

(٢) انظر: شرح النووي على مسلم ٥/ ٤٨، الديباج على مسلم٥/ ٢٠٥، نيل الأوطار للشوكاني٢/ ١٨٠، البحر الرائق ٣/ ١١١، حاشية ابن عابدين ٦/ ٤٥٩، المحلى ٣/ ١١٨.

(٣) المراد بقوله "عضد من نخل في حائط رجل": نخلة أو نخلات في أرض غيره انظر: شرح السنة للبغوي ٨/ ٢٤٧، الطرق الحكمية ص ٢٢٢.

(٤) رواه أبو داود ٤/ ٢٣٤(٣٦٣١)، والبيهقي في السنن الكبرى ٦/ ١٥٧.

الانتفاع بالمباح يتقيد بشرط سلامة العاقبة وعدم الإضرار بالآخرين[١].

٣- عدم تقييد المباحات بشرط السلامة فيه سد لباب الاستطراق على العامة؛ إذ لو ترك الناس يفعلون المباحات دون قيد السلامة لضاعت عليهم حقوق وأهدرت لهم حرمات.

تطبيقات القاعدة:

١- من حدَّه الإمام فمات فدمه هدر وكذا إذا مات المعزَّر، لأن الإمام في استيفائه لحق الله تعالى إنما يقوم بواجب[٢]، وإقامة الواجب لا تتقيد بوصف السلامة.

٢- إذا بذل الطبيب العناية المطلوبة في المعالجة فلا يسأل عن النتائج الضارة التي تصيب المريض؛ لأنه يؤدي واجبًا وجب عليه بالعقد، وإقامة الواجب لا تتقيد بشرط السلامة[٣].

٣- إذا حاول إنسان استنقاذ شاة من ذئب أو نحوه، فهلكت وهو يشدها من فمه لا يضمن؛ لأنه يفعل واجبًا[٤] وفعل الواجب غير مقيد بوصف السلامة.

٤- لو أخر المكلف ذبح الأضحية بعد دخول وقتها حتى تلفت يلزمه غيرها؛ لأن التأخير وإن كان جائزا، فهو مشروط بسلامة العاقبة[٥].

---

(١) انظر: عون المعبود ٤٧/١٠، نيل الأوطار للشوكاني ٣٨٣/٥، الفروع لابن مفلح ٢٨٦/٤، القواعد لابن رجب ص ١٤٩.

(٢) انظر: العناية ٣١١/٧، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢٤٩.

(٣) انظر: التشريع الجنائي لعبد القادر عودة٧٤/٢، وقريب منه في الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢٤٩.

(٤) انظر: آداب المفتي والمستفتي لابن الصلاح ٢١٦/٢، نشر: مكتبة عالم الكتب بيروت ١٤٠٧هـ.

(٥) انظر: حاشية البجيرمي ٢٩٨/٤.

٥- لو سقط شيء من مركبة تسير في الطريق العام، فأصاب إنسانا في نفس أو مال فإن السائق يضمن[١]؛ لأن المرور في طرق الناس مباح يتقيد بوصف السلامة.

٦- لو أن بنَّاءً أثناء القيام بعمله سقط منه شيء فأتلف نفسًا أو مالا يضمن، لأنه يقوم بعمل مباح[٢]، والمباح مقيد بوصف السلامة.

٧- لو أشعل شخص نارا في ملكه فتطاير شررها إلى الجار، فانتقلت النار إلى أرض جاره أو داره فأصابته في نفس أو مال - لزم المشعل الضمان[٣]؛ لأن المباح إذا أمكن التحرز منه فهو مقيد بوصف السلامة.

٨- لو أن شخصا نصب في بيته أو مصنعه قناة لصرف المياه إلى الأرض أو لصرف الدخان إلى الهواء أو جعل في بيته شرفة فسقط شيء من ذلك فأصاب غيره يضمن الفاعل عند عامة الفقهاء؛ لأن تلك الأعمال من المباحات وهي مقيدة بشرط السلامة[٤].

د. مبروك عبد العظيم أحمد

* * *

(١) انظر في معنى هذا: مجلة الأحكام العدلية ص١٨٠.

(٢) انظر: حاشية الشلبي ٧/٣٠٢.

(٣) انظر: العقود الدرية تنقيح الفتاوى الحامدية ٢/٢٤٢.

(٤) ينظر في معنى هذا: الوسيط للغزّالي ٦/٣٥٨، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٤١، البحر الزخار ٦/٢٤٤، شرائع الإسلام للحلي ٤/٢٣٩



رقم القاعدة: ٨٩٤

نص القاعدة: النِّيَّةُ مِنْ غَيْرِ فِعْلٍ لَا تُوجِبُ الضَّمَانَ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- مجرد النية لا يتعلق به الضمان[٢].

٢- لا يضمن بنية العدوان[٣].

٣- بمجرد النية لا يصير ضامنًا[٤].

٤- النية لا تضمن[٥].

٥- الضمان هل يترتب في شيء بمجرد النية من غير فعل؟[٦].

٦- نية التعدي المجردة بلا فعل ليست موجبة للضمان[٧].

---

(١) الجوهرة النيرة للحدادي ٣٤٨/١.
(٢) التجريد للقدوري ٤٠٩٥/٨.
(٣) الذخيرة للقرافي ١٧١/٩.
(٤) المبسوط للسرخسي ١١٢/١١، العناية شرح الهداية ٤٨٩/٨.
(٥) الذخيرة للقرافي ٥٣/٨.
(٦) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢٥.
(٧) درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٣٥١/٢.

قواعد ذات علاقة :

١- الأعمال بالنيات[١]. (أصل).

٢- مجرد النية لا عبرة به في أحكام الشرع ما لم يتصل به الفعل[٢]. (أعم).

٣- النية المجردة عن الفعل هل يعاقب عليها أم لا يعاقب؟[٣]. (أعم).

٤- مجرد النية لا يفسد العقد[٤]. (مكملة).

٥- تبدل النية مع بقاء اليد هل يتبدل الحكم به[٥]. (عموم وخصوص وجهي).

٦- من نوى قربة فلا تلزمه بمجرد النية إلا أن يقارنها قول أو الشروع في العمل[٦]. (مكملة).

---

(١) هذه القاعدة لفظ حديث للنبي ﷺ، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٢) بدائع الصنائع ١٤٧/٢ ووردت في شرح النيل لأطفيش ٧٤/٨ بلفظ: "النية إنما تؤثر إذا اقترنت بالفعل"، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٣) مجموع الفتاوى ٥٧٤/٦ ووردت في القواعد والفوائد للعاملي ١٠٩/١ بلفظ: "النية المجردة لا عقاب فيها"، وانظر قاعدة: "العزم على الشيء هل يكون بمنزلة ذلك الشيء؟"، في قسم القواعد الفقهية.

(٤) الكافي لابن قدامة ٥٩/٣، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٥) إيضاح المسالك للونشريسي ص ٢٧٤، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "تبدل النية مع بقاء اليد على حالها هل يتبدل الحكم بتبدلها؟".

(٦) مواهب الجليل للحطاب ٧٦/٦، منح الجليل ٢٣٦/٨.

شرح القاعدة :

معنى القاعدة : أن الضمان لا يجب على أحد بمجرد نية التعدي على أحد في نفسه أو ماله من غير فعل ينضم إليها؛ إذ «الأصل أن النية متى تجردت عن العمل لا تكون مؤثرة»[١]، ولا يعتد بها في أحكام الشرع، بل لا بد مع النية من فعل يقترن بها حتى يترتب عليها الحكم، فمن استُودِع سيارة فنوى السفر بها إلى مكان ما، لكنه لم يفعل فلا يلزمه ضمان إذا تلفت السيارة دون تعد منه أو تفريط بمجرد نية الاستعمال.

وعدم المؤاخذة بنية التعدي المجردة إنما هو في أحكام الدنيا، بخلاف أحكام الآخرة التي مبناها على النية؛ وذلك لأن «أحكام الدنيا تجري على الأمور الظاهرة، والله تعالى هو الذي يتولى السرائر»[٢]، فمن نوى التعدي وعزم على الفعل لكن لم يتيسر له ذلك فهو وإن سقط عنه الضمان في الدنيا، لكنه يأثم بنيته الفاسدة، ويؤاخذ في الآخرة عليها؛ قال ابن حجر الهيتمي: «ولو نوى بعد قبض الوديعة أخذها، أي قصده قصدا مصمما، ولم يأخذ لم يضمن على الصحيح؛ لأنه لم يحدث فعلا، ولا وضع يده تعديا، لكنه يأثم»[٣]، وقال الشربيني الخطيب: «أما التأثيم فلا خلاف أنه يأثم بنية الأخذ»[٤]، وهذا ما قرره العلامة العيني في شرحه للبخاري بقوله: «الحق أن السيئة أيضًا يعاقب عليها بمجرد النية، لكن على النية لا على الفعل، حتى لو عزم أحد على ترك صلاة بعد عشرين سنة يأثم في الحال؛ لأن العزم من أحكام الإيمان، ويعاقب على

---

(١) المبسوط ١/٢٣٩.

(٢) تبيين الحقائق للزيلعي ٦/٧١.

(٣) تحفة المحتاج ٧/١٢٣.

(٤) مغني المحتاج ٤/١٤٠.

العزم لا على ترك الصلاة، فالفرق بين الحسنة والسيئة أن بنية الحسنة يثاب الناوي على الحسنة، وبنية السيئة لا يعاقب عليها بل على نيتها»[١].

وهذه القاعدة متفرعة عن قاعدة: «مجرد النية لا عبرة به في أحكام الشرع ما لم يتصل به الفعل»[٢] التي تشمل العبادات والمعاملات والجنايات، أما قاعدتنا فهي خاصة بأبواب الضمان.

وهي محل اتفاق بين الفقهاء في أصلها، وإنما وقع الخلاف في بعض صور الأمين، وهو الذي حاز الشيء لا بقصد تملكه بل باعتباره نائبًا عن المالك، سواء أكانت هذه النيابة مستفادة من جهة المالك بعقد من عقود الأمانات؛ كالوديعة والمضاربة ونحوهما، أم كانت مستفادة من قِبَل الشارع؛ كالملتقط.

ويمكن تفصيل اختلافهم فيها اعتمادا على أم الباب، وهي نية الخيانة في الوديعة، فمن كانت عنده وديعة، فنوى أن يتسلفها أو يتصرف فيها تصرفًا ما، لكنه لم يفعل، ولم يحركها عن موضعها، فهل يكون ضامنا لو تلفت الوديعة في هذه الحالة بمجرد نية التصرف والخيانة أم لا ؟ للفقهاء في ذلك قولان:

الأول: لا يضمن الوديع بمجرد نية التعدي في الوديعة، وهو مذهب جمهور الفقهاء من الحنفية[٣] والمالكية[٤] والشافعية على المعتمد[٥]، والحنابلة[٦] والزيدية[٧]، جريا على القاعدة.

---

(١) عمدة القاري للعيني ١/ ٣٥.
(٢) بدائع الصنائع ٢/ ١٤٧.
(٣) انظر: المبسوط ١١/ ١١٢، العناية شرح الهداية ٨/ ٤٨٩، الجوهرة النيرة ١/ ٣٤٨.
(٤) انظر: الذخيرة للقرافي ٩/ ١٧١.
(٥) انظر: المنثور ٣/ ٣٠٠، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٩، روضة الطالبين ٥/ ٤٠٧، تحفة المحتاج ٧/ ١٢٣.
(٦) انظر: المغني ٦/ ٣٠٧، كشاف القناع ٤/ ١٧٦.
(٧) انظر: التاج المذهب ٣/ ٣٣٦.

والثاني: أنه يضمن بمجرد نية الخيانة في الوديعة، ولو لم يفعل، وهو قول ابن سريج من الشافعية[١]، ووجه عند الحنابلة حكاه القاضي أبو يعلى[٢].

وأما الإمامية فقالوا: «لو نوى الأمين الخيانة، فإن كان سبب أمانته الشارع؛ كالملتقط، صار ضامنا بنية الخيانة، وإن كان سبب أمانته المالك؛ كالوديعة والعارية والإجارة، لا يضمن بمجرد النية»[٣].

أدلة القاعدة:

١- ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «إن الله تجاوز عن أمتي ما حدثت به أنفسها ما لم تعمل أو تتكلم»[٤]. ففي الحديث دليل على أن النية بمجردها لا توجب شيئًا ما لم يقترن بها قول أو فعل[٥]؛ حيث «جعل - عليه الصلاة والسلام - ما لم ينطق به اللسان - ولم يفعله المرء - لغوًا لا حكم له»[٦].

٢- قاعدة: «مجرد النية لا عبرة به في أحكام الشرع ما لم يتصل به الفعل»[٧]، وأدلتها.

---

(١) انظر: الحاوي للماوردي ٣٦٢/٨، الوسيط للغزالي ٥٠٧/٤، روضة الطالبين ٣٣٤/٦.

(٢) انظر: الإنصاف للمرداوي ٣٣٥/٦.

(٣) القواعد والفوائد للعاملي ١٠١/١.

(٤) رواه البخاري في مواضع منها ٤٦/٧ (٢٥٢٨)، ومسلم ١١٦/١ (١٢٧) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٥) انظر: المبسوط ١١٢/١١، الذخيرة للقرافي ١٧١/٩، مواهب الجليل ٧٦/٦، المنثور ٣٠٠/٣.

(٦) شرح ابن بطال ٤١٨/٧.

(٧) بدائع الصنائع ١٤٧/٢ وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

تطبيقات القاعدة :

١- لو نوى الوديع بعد قبض الوديعة أن يأخذها لينتفع بها، ولم يفعل ذلك، ثم تلفت الوديعة بلا تعد ولا تفريط فلا ضمان عليه بمجرد نية التعدي[١].

٢- من أودع قوارير فيها دهن، فنقلها من موضع في بيته إلى حرز مثلها في موضع آخر بنية الخيانة، فانكسرت في موضعها ذلك ضمنها، لاقتران النية بالفعل، ولا يضمن بأحدهما منفرداً[٢].

٣- من استأجر سيارة ونوى بعد قبضها أن لا يردها لصاحبها، ثم ندم ورجع عن تلك النية، فإن كان سائرا بها عند النية فعليه الضمان إذا تلفت السيارة؛ لأن النية قد اقترنت بالفعل، أما إذا كان واقفا عند النية، وتلفت السيارة في حادث بعد الرجوع عن نيته، دون تقصير منه فلا يكون ضامنًا؛ لأن النية لم تقترن بالفعل[٣].

٤- إذا وجد لقطة فنوى أخذها تملكا، ثم تركها ولم يأخذها فتلفت فلا ضمان عليه؛ لأن النية وحدها لا تعتبر، أما إذا نوى تملكها وأخذها فتلفت وجب عليه الضمان؛ لاقتران النية بالفعل[٤].

محمد عمر شفيق الندوي

* * *

---

(١) انظر: تحفة المحتاج ٧/١٢٣، الإنصاف ٦/٣٣٤، كشاف القناع ٤/١٧٦، مطالب أولي النهى ٤/١٦٠، التاج المذهب ٣/٣٣٦، البحر الزخار ٥/١٦٩.

(٢) انظر: تحفة المحتاج ٢/٤٢، مغني المحتاج ١/٣٥٧.

(٣) انظر نظيره في: مجمع الضمانات ص ٢٢، رد المحتار ٥/٦٧٠، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٢/٣٥١.

(٤) انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/١٢١، حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٤/١٧٣.

فهرس المجلد الرابع عشر

